UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

EDIVAN RODRIGUES ALEXANDRE

O JUDICIÁRIO COMO *POLICYMAKERS*, POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

JOÃO PESSOA – PB
2018

EDIVAN RODRIGUES ALEXANDRE

O JUDICIÁRIO COMO *POLICYMAKER*, POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa.

JOÃO PESSOA – PB

2018

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A381j Alexandre, Edivan Rodrigues.
O judiciário como policymakers, políticas públicas e legitimidade democrática / Edivan Rodrigues Alexandre. - João Pessoa, 2018.
132 f.

Orientação: Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Poder judiciário. 2. Políticas públicas. 3. Poder político. 4. Judicialização - Fatores determinantes. I. Feitosa, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. II. Título.

UFPB/BC CDU 342.531.43(043)

Elaborado por WALQUELINE DA SILVA ARAUJO - CRB-15/514

EDIVAN RODRIGUES ALEXANDRE

O JUDICIÁRIO COMO *POLICYMAKERS*, POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de concentração: Direito Econômico.

Data da Defesa: 19 de março de 2018

DRA. MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA
Orientadora
Universidade Federal da Paraíba

DR. FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA
Universidade Federal da Paraíba

DRA. HERTHA URQUIZA BARACHO
UNIPÊ

DR. PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
UNIPÊ

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus, criador, provedor e nossa salvação: “Em tudo dai graças, porque esta é a vontade de Deus em Cristo Jesus para convosco” (1 Tessalonicenses 5:18).

Aos meus pais, Francisco Rodrigues (*in memorian*) e Dona Creusa, minha mãe, pelas lições de vida, de caráter e de fé: “Honra a teu pai e a tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá (Êxodo 20:12)

Aos meus filhos maravilhosos, Matheus, Arthur e Ana Laura, pendão de esperança em minha vida! “Eis que os filhos são herança do Senhor, e o fruto do ventre o seu galardão.” (Salmos 127:3).

À minha esposa, Josany, pela comunhão de vidas e pelo apoio incondicional. “Aquele que encontra uma esposa, acha o bem, e alcança a benevolência do Senhor.” (Provérbios 18:22).

À Professora Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa, incansável estimuladora do desenvolvimento da ciência jurídica. Muito mais do que orientadora para o presente trabalho, um exemplo de vida acadêmica, a quem sou eternamente grato pelo encontro universitário e por esse reencontro no Mestrado. “O aluno não é mais do que o seu mestre, nem o trabalhador está acima do capataz. O aluno tem o mesmo destino que o seu professor” (Mateus 10:12)

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, que decisivamente também colaboraram na construção deste trabalho, especialmente aos que participaram da qualificação e defesa final, Paulo Henrique Tavares da Silva e Hertha Urquiza Baracho, pelas correções e importantíssimas orientações. “Aquele que é chamado ao ministério, dedique-se ao ministério. Se tem o dom de ensinar, que ensine” (Romanos 12:7)

Aos colegas do Mestrado, companheiros da busca pelo conhecimento, especialmente ao amigo Leonardo Maximiniano, pela colaboração na correção do texto.

A todos aqueles que, de uma forma ou de outra, igualmente contribuíram e torceram pela concretização do presente momento. “Em tudo dai graças, porque esta é a vontade de Deus em Cristo Jesus para convosco.” (1 Tessalonicenses 5:18)

O JUDICIÁRIO COMO *POLICYMAKER*, POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Edivan Rodrigues Alexandre[1]

RESUMO

No presente trabalho, busca-se analisar o estudo das políticas públicas, suas dimensões, relacionadas especialmente à legitimação do Poder Judiciário. Inclui-se no contexto examinado o fenômeno da judicialização, suas condições e causas determinantes, além do aspecto da construção das políticas pelo judiciário. Os pontos examinados dizem respeito a questões suscitadas de como as políticas públicas são decisivas para implementar, no Estado, a necessária condução da concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, vistos como direitos fundamentais, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com abordagem de estudos comparativos e bibliográficos. Para tanto, procura-se mostrar que políticas públicas são instrumentos utilizados pelos poderes indistintamente, sem reserva de exclusividade para um poder e proibição para os outros. Acentua-se, ainda, a qualidade política do judiciário, identificando-se as três dimensões das políticas públicas para, em seguida, analisar o momento de atuação do judiciário, em sua condição de agente de políticas públicas, especialmente pós-implantação do Conselho Nacional de Justiça. Por fim, argui-se sobre a necessidade de uma nova visão para a divisão dos poderes e suas funções, especialmente voltada para a concretude do Estado Social e Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Poder Judiciário. Poder Político.

[1] Mestrando em Direito pelo PPGCJ/UFPB. Especialista em Direito Constitucional CCJS/UFPB. Licenciado em Filosofia pela FAFIC/PB. E-mail: edvanparis@gmail.com.

ABSTRACT

In the present work, we seek to analyze the study of public policies, their dimensions, related especially to the legitimacy of the Judiciary. It is included in the examined context the phenomenon of the judicialization, its conditions and determining causes, besides the aspect of the construction of policies by the Judiciary. The points examined relate to questions raised about how public policies are decisive for implementing, in the State, the necessary conduction of the realization of social, economic and cultural rights, seen as fundamental rights, using a hypothetical-deductive method, with a comparative and bibliographic study approach. To do so, we seek to show that public policies are instruments used by the powers without distinction, without reserve of exclusivity for a power and prohibition for others. It is also emphasized the political quality of the Judiciary, identifying the three dimensions of public policies, and then analyzing the moment of action of the Judiciary in its capacity as agent of public policies, especially after the implementation of the National Council of Justice . Finally, it is argued about the need for a new vision for the division of powers and its functions, especially aimed at the concreteness of the Social and Democratic State of Law.

KEYWORDS: Public Policy. Judicial Power. Political Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....8
1. POLÍTICAS PÚBLICAS.....12
1.1. Conceito e importância.....12
1.2. Relação com o Direito e o Poder Judiciário.....13
1.3. Regime jurídico.....20
1.4. Dimensões da política.....24
1.4.1. Dimensão: *polity*.....25
1.4.2. Dimensão: *politics*.....30
1.4.3. Dimensão: *policy*.....32
2. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....34
2.1. Decisões políticas e jurídicas.....34
2.2. Remodelação da relação entre os poderes.....41
2.3. Judicialização como fenômeno e atitude dos juízes e tribunais.....44
2.4. Legitimação para as políticas públicas.....49
2.4.1. Legitimação material.....51
2.4.2. Legitimação histórica.....55
2.4.3. Legitimação contramajoritária.....58
2.5. Condições para judicialização.....63
2.5.1. Judicialização como fenômeno global.....63
2.5.2. Judicialização como palco dos novos agentes legitimados na democracia.....69
2.5.3. Judicialização da política como imposição constitucional.....71
2.6. Causas da judicialização da política.....76
2.6.1. Poder que não se ocupa é ocupado (não faz).....78
2.6.2. Conivência dos poderes políticos (deixa fazer).....83
2.6.3. Disputa entre os poderes (refaz).....85
3. O JUDICIÁRIO COMO *POLICYMAKER*.....88
3.1. Momentos de atuação do judiciário.....88
3.1.1. Fase pré-políticas públicas.....89
3.1.2. Fase de implementação das políticas públicas.....92

3.2. Atuação como formulador de políticas públicas (*policymaker*).....93
3.2.1. O Conselho Nacional de Justiça como formulador de políticas públicas.....94
3.2.2. Pactos Republicanos entre os poderes de Estado.....102
3.2.3. Audiência de custódia como política pública autônoma.....104
3.3. A necessidade de endo-democracia legitimadora para políticas públicas.....111
3.3.1. Audiências públicas.....113
3.3.2. *Amicus curae*.....116
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....121

INTRODUÇÃO

É certo que a clássica divisão de funções entre os Poderes da República, em princípio, não coloca o Poder Judiciário como autor de Políticas Públicas, deixando aos Poderes Políticos, Legislativo e Executivo, essa tarefa. No entanto, o que temos observado nos últimos anos e, especialmente, após a devida aplicação da Constituição da República de 1988, é uma nova visão acerca do papel do Poder Judiciário como agente de transformação social.

Algumas das decisões do Poder Judiciário apresentam reflexos diretos e imediatos em temas como justiça fiscal, direitos difusos e coletivos e desenvolvimento socioeconômico. Nesse sentido, as abordagens sobre legitimidade democrática, ativismo judicial e judicialização da Política apresentam-se à discussão, na apreciação da recolocação da função política do judiciário em um novo realinhamento democrático.

Tendo a Justiça e o grau de legitimidade democrática do Judiciário como pano de fundo, apresentar-se-á necessário estudo analítico sobre o espaço político das decisões judiciais, segurança jurídica e desenvolvimento socioeconômico. A legitimidade dos poderes democráticos também será objeto de reflexão, uma vez que a pesquisa passará pela inflexão do denominado ativismo judicial. Assim, em tempos de judicialização e ativismo, com o cidadão consciente de seus direitos, o Judiciário passa por um período de profundas cobranças e mudanças de paradigmas. A nova figura institucional do Conselho Nacional de Justiça também faz incorporar dinâmicas políticas e sociais na Administração do Poder Judiciário.

A presente pesquisa tem como objeto a investigação científica das consequências sociais e econômicas decorrentes da atuação proativa do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, com possibilidades de criação e implementação de Políticas Públicas. Em uma democracia, cada agente político tem sua parcela de responsabilidade na construção da cidadania. É a própria Constituição Federal que direciona para a eficiência, exigindo de todos a construção de uma sociedade melhor, humanizada, solidária e plural. Nesse contexto, é imprescindível a atuação dos agentes públicos em todas as esferas de poder, na concretude das promessas constitucionais, com o fim de perseguir e alcançar os objetivos da República, usando, para tanto, do método das Políticas Públicas.

Procura-se analisar e apontar as condições conjunturais e as causas determinantes do processo de judicialização, especialmente com o olhar voltado para as técnicas de estudos das

Políticas Públicas. Destacam-se os momentos temporais em que o judiciário se insere na abordagem da análise das políticas públicas e seus reflexos na sua criação, implementação e execução.

A proposta desta dissertação de mestrado é apresentar uma análise mostrando que o Poder Judiciário pode ser uma instância democrática. Além de controlar, pode contribuir, elaborando Políticas Públicas capazes de proporcionar desenvolvimento social, juntamente com os outros poderes políticos. A pesquisa aponta para uma visão remodelada da imagem institucional do Poder Judiciário, saindo do tradicional afastamento de matérias políticas para o enfrentamento das mais variadas questões políticas e sociais, inserindo-se em uma roupagem mais democrática e voltada para garantir direitos e não somente dirimir conflitos. A devida e necessária maturação da interpretação da Constituição da República de 1988 apresenta uma nova visão acerca do papel do Poder Judiciário como agente de transformação social, especialmente em termos de análise das políticas públicas.

O problema que surge, e deve ser analisado, é se a judicialização das políticas públicas promove a democracia, por inserir o judiciário na promoção mais efetiva dos direitos fundamentais, ou, ao contrário, promove o surgimento de uma "juristocracia", consistente no poder dos juízes, não eleitos e, em tese, sem legitimação popular, situação violadora da separação dos poderes. Nesse sentido, a dissertação se apresenta com a finalidade de abordar a inserção do judiciário no contexto democrático, com papel político, destacando sua finalidade de concretude das Políticas Públicas. Para tanto, serão apresentadas decisões advindas de órgãos jurisdicionais e administrativos, mostrando a inserção da política na jurisdição e da jurisdição na política, com o escopo de analisar a contribuição da judicialização das políticas públicas na concreção dos direitos fundamentais, avaliando se o Poder Judiciário é legitimado constitucionalmente para tal função.

Parte-se da hipótese de que a Judicialização é um fenômeno e tem levado o Judiciário a abordar e decidir matérias que, antes, eram tratadas e discutidas no âmbito do Parlamento e do Governo, como controlador de políticas públicas. Com o advento do Conselho Nacional de Justiça, a Administração do Poder Judiciário passou, também, a ter a possibilidade de criar e implementar suas políticas públicas, como no exemplo do Projeto de Audiências de Custódia, no qual o Judiciário implanta uma política pública que obriga outros poderes e órgãos da

administração pública, questionando se a participação do judiciário contribui, qualificando as políticas públicas nas quais intervém.

O estudo é descritivo e parte de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que procura apresentar a estrutura de poder do judiciário, seus diversos ramos e sua participação no processo de implementação, elaboração e concretização das políticas públicas.

A investigação está desenvolvida em três capítulos. No primeiro, são trabalhados o conceito e a importância das Políticas Públicas, suas relações de forças com os outros poderes e agentes públicos, o que se convencionou chamar de dimensões da política. Insere-se, nesse contexto, a necessidade de analisar qual o momento de atuação do judiciário e qual o seu papel institucional na construção das políticas públicas. Para essa análise, utilizam-se as contribuições e referencial teórico-metodológico, elaborado por Maria Paula Dallari Bucci, em suas pesquisas acerca de Políticas Públicas.

No segundo capítulo, analisamos o fenômeno da judicialização e a atitude dos juízes e tribunais, revelando a relação existente entre a Constituição Federal, o Direito Econômico e as Políticas Públicas, especialmente aquelas voltadas para o bem-estar-social como premissa do desenvolvimento econômico e social. A questionável legitimação do judiciário é objeto de estudo nos seus aspectos material e histórico, e no sentido de ser contramajoritário. As condições determinantes para o surgimento do fenômeno da judicialização são analisadas, destacando-se, logo em seguida, suas causas e efeitos, com ênfase na disputa entre os poderes. Neste capítulo, a contribuição teórica advém de pesquisas e artigos científicos acerca do engrandecimento do judiciário, tendo como destaque a obra de Antoine Garapon.

No último capítulo, abordamos a legitimidade do judiciário para controlar, direcionar e, também, formular Políticas Públicas, analisando casos de atuação decisiva do judiciário em matéria de políticas públicas, com acentuados traços de poder político legitimador. Três situações fáticas e institucionais são abordadas para apresentar o judiciário como *policymaker* (formulador de políticas públicas): o surgimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como órgão encarregado do planejamento de todo o Poder Judiciário, os Pactos Republicanos, tendo o judiciário como protagonista e, por fim, a inédita política pública autônoma das audiências de custódias, formulada e implementada pelo próprio Poder Judiciário. No encerramento do capítulo, busca-se apontar a necessidade de instrumentos processuais e institucionais que tragam mais transparência e legitimação às decisões do Judiciário.

No plano metodológico, a pesquisa é apresentada em etapas, adotando-se, predominantemente, o método de abordagem hipotético-dedutivo e os métodos de estudo comparativo e bibliográfico. A partir de comparações teóricas, destacadas da análise e leitura de material bibliográfico, como artigos científicos, além de sites e revistas, a abordagem científica vai sendo configurada.

O objetivo principal do trabalho reside na confirmação de hipóteses formuladas, procurando comprovar que as políticas públicas podem ser objeto de atuação proativa do Poder Judiciário, sem restrição de legitimidade democrática e, ao contrário, como exigência constitucional. A proposta é reiterar e categorizar, em razão da pesquisa científica e do convencimento fundamentado, a viabilidade de políticas públicas advindas do próprio judiciário. Busca-se a confirmação da hipótese através da abordagem peculiar aos estudos jurídicos, como no caso de decisões paradigmáticas das situações apontadas.

CAPÍTULO I - POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1. Conceito e importância

O tema políticas públicas tem despertado cada vez mais interesse dos estudiosos e tem sido objeto de pesquisas tanto pela área da Ciência Política como pela do Direito. A relevância do estudo das políticas públicas se explica pela necessária e adequada intervenção do Estado no trato dos grandes problemas sociais, econômicos, culturais, ambientais, enfim, assuntos públicos, questões políticas que carecem de soluções.

Não se pode esquecer o fator de crescimento constante da sociedade e, consequentemente, de suas necessidades sociais e de desenvolvimento, a exigir um olhar acurado do Estado para essa demanda, sem olvidar, no entanto, a finitude dos recursos financeiros coletados e existentes. Há, dessa forma, um dilema estrutural e também sistêmico a ser resolvido pelos administradores públicos. Essa resolução exige a participação de todas as instituições públicas, muito mais de seus poderes constituídos, com a finalidade de equacionar a demanda em vista dos recursos postos à disposição. Nesse sentido, o Poder Judiciário precisa estar inserido no contexto que demanda a escolha de que tipo de participação lhe cabe em tal obrigação política. "A formulação da política, com a eleição das prioridades, a indicação dos recursos, a definição do foco de beneficiário, bem como o seu horizonte temporal, são prerrogativas precípuas do governo, cuja legitimidade se funda no processo eleitoral." (BUCCI, 2013, p. 162).

As políticas públicas não só passaram a ser objeto de exame pelo mundo do Direito, como também a atuação das instituições jurídicas e judiciárias, especialmente o Supremo Tribunal Federal, passaram a ser analisados pela Ciência Política. "[...] a ciência política, depois de longo período de desatenção em relação às instituições, despertou para a necessidade de compreender melhor o papel do direito e das agências responsáveis pela sua aplicação" (VIEIRA, 2007, p. 442). A adequada gestão da coisa pública constitui tarefa complexa, razão pela qual as políticas públicas[2] são instrumentos adequados para normatizar, padronizar e criar métodos para aprimorar

[2] É preciso apontar que não há uma única, nem melhor, definição sobre política pública. Trata-se de conceito polissêmico. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas; e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou por meio de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como "o que o governo escolhe fazer ou não fazer". A definição mais conhecida continua sendo a de

a distribuição de serviços públicos, o que constitui uma contribuição para que as políticas públicas funcionem como instrumento de desenvolvimento humano e social.

Ao se valer de conceitos de ciência política, por entender que "a área jurídica é a última participante de um debate intenso na ciência política" (BUCCI, 2013, p. 107), Maria Paula Dallari Bucci define desta forma o termo política pública:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos judicialmente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo e que se espera ao tingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p. 39).

Ao instituir uma política pública, o Estado, através do Governo, de outro poder ou instituição, busca a resolução de um problema público ou social previamente detectado e que vem causando impactos negativos no desenvolvimento da sociedade. Portanto, em linhas pragmáticas, trata-se de um "conjunto de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivo social e juridicamente relevante" (MASSA-ARZABE, 2006, p. 63).

Numa abordagem acerca da importância do estudo das políticas públicas, João Pedro Schmidt destaca a relevância da complexidade do tema:

> Há algumas razões gerais que favorecem o interesse pelas políticas públicas e por seu estudo. Um primeiro é o fato de que a crescente escala da intervenção do Estado e a complexidade dos governos nos dias atuais colocam problemas mais complexos aos responsáveis pelas decisões, seja no setor público, seja na sociedade civil e na iniciativa privada. Amplos segmentos da sociedade percebem que os assuntos públicos não são simples, que as soluções para as graves dificuldades são multifacetadas e que não se resolvem apenas pela boa vontade dos governantes e ou através de fórmulas simplistas baseadas em alguma solução rápida. (SCHMIDT, 2008, p. 2307).

1.2. Relação com o Direito e o Poder Judiciário

A compreensão do Estado Democrático de Direito deve ser estendida para uma aceitação plural dos agentes envolvidos na concretude dos anseios constitucionais. A democracia passa a exigir a contribuição de todos os agentes públicos, de todos os poderes. Essa nova compreensão

---

Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (SOUZA, 2006).

exige flexibilização da compreensão do que seja tarefa de cada poder, de cada instituição. Sem permitir intromissões, é preciso que todos se imbuam dos objetivos da República e não se tornem estanques em seus poderes constituídos. A evolução exige modernização, novos tempos, novos ares, novos desafios. A democracia no Estado Social e Democrático exige, portanto, um [...] conjunto orgânico de arenas políticas informais, compostas de velhos e emergentes atores/cidadãos, dialogicamente discursivas e democráticas, inovadoras competências soberanas de interlocução, deliberação, formulação e execução de políticas públicas sociais. (LEAL, 2006, p. 77).

Compreende, dessa forma, um processo em que cada vez mais os conflitos sociais e políticos tenham fórum específico, não a seara parlamentar ou administrativa, mas sejam discutidos e solucionados no fórum judicial, sob uma referência jurídica. Não se trata, no entanto, de um fenômeno que diminua o espaço dos outros poderes, mas que chama o Poder Judiciário para a cena democrática, a exigir dele maior participação nas decisões políticas. O Estado, por meio de seus poderes constituídos, deve necessariamente ter interação com o povo, legítimo soberano do poder. Da mesma forma, o povo deve ter acesso aos poderes. Democracia exige diálogo e transparência: [...] efetiva participação do indivíduo no processo de decisão política dos temas que dizem respeito. Essa esfera está inserida numa esfera mais ampla, que é da sociedade como um todo, já que toda a decisão política está condicionada ao que acontece na sociedade. (LEAL, 2006, p. 22).

Esse movimento de inter-relação entre a política e o direito na construção, ora conjunta, ora paralela, de políticas públicas, não é recente e vem se desenvolvendo com o passar do tempo. A professora Maria Paula Dallari Bucci aponta, em suas pesquisas, como gênesis desse processo, o surgimento do Estado moderno: “Está em curso, pelo menos desde o século XVII, quando se convencionou estabelecer o surgimento do Estado moderno, um fenômeno de juridificação da política, pelo qual a noção de governo passa a ser elemento crescentemente disciplinado e legitimado pelo direito.” (BUCCI, 2013, p. 39).

A confirmação dessa imbricação se assenta nas palavras da professora Maria Paula Dallari Bucci:

> Os modos de exercício do poder se transformaram, em nome da proteção aos direitos e valores da cidadania, da democracia e da sustentabilidade ambiental, o que passou a reclamar a integração das dimensões política e jurídica no interior do aparelho de Estado, combinando as esferas da Administração Pública e do governo; a política

> imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regrada pelo direito. A face política do governo vai se revestindo cada vez mais de uma tessitura jurídica. (BUCCI, 2013, p. 34).

O aumento da participação do judiciário na seara das políticas públicas não significa diminuição ou esvaziamento do poder político centrado no poder eleito – administrativo e legislativo – mas é fato que a juridificação encontra força cada vez mais acentuada, com influências práticas e rotundas no meio político, fazendo avançar o processo de engajamento do Poder Judiciário como desenvolvedor de políticas, assim como os outros poderes. "E com isso, progressivamente, a política vai deixando de ser exclusivamente política, para ser ao mesmo tempo e cada vez mais, também direito, organizado em instituições." (BUCCI, 2013, p. 45).

O Judiciário entendeu tarde a necessidade de se engajar na agenda de desenvolvimento, com a criação e implementação de suas próprias políticas públicas, sejam elas direcionadas para sua atuação institucional interna – prestação jurisdicional, sejam elas voltadas para uma ação social e política – externa. Os poderes políticos entenderam mais cedo a necessidade de se reinventarem e aplicarem métodos de administração profissionais e com técnicas de eficiência, criando programas e ações que pudessem desencadear desenvolvimento econômico e social, por meio de políticas públicas escolhidas e implementadas. Independente do sucesso das políticas escolhidas, passou-se a adotar mecanismos de administração que buscam avanços, não ficando apenas na ritualística de repetir práticas antes constantes na administração.

Fomentar o desenvolvimento é um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, estabelecido na Constituição Federal de 1988 (art. 3º, II) e, notadamente, todos os poderes da República devem estar empenhados nessa meta republicana. O direito ao desenvolvimento é, em geral, um conjunto de políticas públicas para concretizar os direitos humanos na afirmação, "no entanto, a implementação prática desse preceito requer a adoção de políticas públicas que garantam equilíbrio na distribuição das receitas (incluídas, especialmente, as novas receitas) e condições de vida dignas, com justiça, liberdade, solidariedade e participação democrática" (FEITOSA, 2009, p. 48).

Muito embora seja previsto enquanto princípio norteador de todo o texto constitucional, "o direito humano ao desenvolvimento não se encontra especificadamente expresso em leis ou codificado, de modo que se apresenta como direito sem, entretanto, possuir suporte disciplinador direto, embora possa gerar obrigações jurídicas e justiciáveis" (FEITOSA, 2013, p. 216). Nesse sentido, o direito ao desenvolvimento apresenta-se como um condão para os poderes da

República concretizarem direitos sociais, e, de forma secundária, ao judiciário como meio de suprir omissões dos poderes políticos, originários destinatários de provedores do desenvolvimento social, político e econômico.

O Poder Judiciário demorou a se adequar a nova realidade institucional do Estado, que exige não somente eficiência, mas eficácia de sua atuação para a fomentação e concretização do desenvolvimento do país. Quedou-se a fórmula clássica de apenas e tão somente resolver conflitos entre particulares, sem se preocupar em inovação, reinvenção e transformação. Para tanto, é preciso que se quebre o paradigma de que políticas públicas são ferramentas e programas usados e implementados apenas pelos poderes Executivo (programas) e Legislativo (orçamento), abrindo-se novos horizontes e exigências para o Poder Judiciário, formatado e autorizado pelo texto constitucional a exercer, também, poder político.

> A própria existência da chamada ‘judicialização da política’ é um fator que por si demonstra a processualidade das políticas públicas, na medida em que maior número de conflitos sociais passa a ser submetido à lógica processual, submetido ao Poder Judiciário, uma vez que o modelo jurídico da Constituição favorece a admissão do conflito, e não sua rejeição. (BUCCI, 2013, p. 192).

A Democracia exige a participação política de todos, cidadãos, partidos políticos, agentes políticos, instituições e, especialmente, os poderes constituídos, na construção das soluções, diante dos desafios da democracia. “A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei” (GARAPON, 1999, p. 49). As políticas públicas são instrumentos condutores de desenvolvimento, técnicas administrativas necessárias para criar meios de identificação dos problemas sociais, judiciais, legislativos, apontar soluções, implementar ações práticas e analisar, futuramente, o seu resultado.

Não há como reconsiderar o caminho da integração entre política e direito. Não se trata, como afirmado, de esvaziar o campo da política, mas de aproximar o campo do direito das decisões estatais e de importância social, amarrando-as em contratos sociais mais garantidos pela coerção jurídica do que simplesmente pelos acordos políticos. Vale ressaltar que o atraso no reconhecimento da necessidade de trabalhar com políticas públicas traz a constatação de que o Judiciário é, entre os poderes, o menos estruturado para lidar com as demandas sociais. Mais

ainda, suas decisões não saturam todas as discussões e demandas que envolvem a causa prejudicial dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, Victor Abramovich adverte para a falta de preparo institucional do Poder Judiciário no manejo das políticas públicas:

> Cabe dar razão a algumas das tradicionais objeções efetuadas nessa matéria: o Poder Judiciário é o menos indicado para realizar planejamentos de política pública; a ação judicial é um meio pouco apropriado para discutir medidas de alcance geral; a discussão processual gera problemas de desigualdade em relação às pessoas afetadas pelo mesmo descumprimento que não participaram da ação; o Poder Judiciário carece de meios compulsórios para a execução forçada de uma suposta sentença que condene o Estado a cumprir uma prestação que havia sido omitida para todos os casos envolvidos ou para editar a regulamentação omitida; a substituição de medidas gerais por decisões ad hoc efetuadas pelo juiz no caso particular pode ter também como resultado desigualdades indesejáveis; etc. (ABRAMOVICH, 2005, p. 201).

Os poderes da República devem agir e movimentar a máquina pública no sentimento de eficiência e eficácia e, para tanto, precisam criar meios e instrumentos necessários para alcançar o desenvolvimento de acordo com as suas funções precípuas e suplementares. O balanço entre os poderes deve ser de união, de foco, e não de disputa. A harmonia deve prevalecer sem que um atravanque os meios dos outros, mas com correlação de forças e interesses, num pacto republicano, que não impede de um poder agir cada vez mais de maneira democrática. O enfoque republicano e democrático exige que as instituições, especialmente os poderes constituídos, sejam aptas em resoluções de questões políticas, sociais e econômicas. O Poder judiciário não se esquiva desse debate e enfrentamento, até por imposição constitucional (art. 5º, XXXV)[3]. Portanto, "a institucionalização converte em jurídicas questões antes postas em termos políticos" (BUCCI, 2013. p. 213).

Após rechaçar a impossibilidade do Poder Judiciário em discutir políticas públicas, o que Comparato (1998, p. 46) denominou de "clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais", é preciso abordar dois aspectos da participação do judiciário em face dessa temática. Em termos de políticas públicas, o judiciário tem agido ora como controlador de políticas públicas, ora como formulador de políticas públicas. Em se tratando de políticas públicas, o Poder Judiciário é pautado. Isto significa que o judiciário não tem agenda própria, de sua livre iniciativa. Age quando é provocado, quando é demandado. Uma vez acionado, em busca do cumprimento de políticas públicas prometidas em corpos normativos, tem a obrigação de se

[3] CF/88, art. 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos".

manifestar, de apresentar uma decisão, não podendo se quedar omisso. Pode haver inércia momentânea, perceptível na morosidade latente de seus julgamentos, no entanto, cedo ou tarde haverá de dar resposta à demanda.

O Poder Legislativo pauta, propõe sua própria ordem do dia, por iniciativa própria, de seus líderes e de seus membros e não de terceiros. Não precisa necessariamente ser demandado ou provocado em se tratando de políticas públicas. Aliás, pode mesmo se dizer que é direcionado para agir politicamente e resolver as demandas sociais, pontuando a discussão e elaborando políticas públicas capazes de solucionar os problemas que ocasionam as demandas. Muito embora essa imposição proativa, nada o impede de se manter inerte e omisso com relação a problemas públicos que exigem soluções políticas, mesmo diante da provação externa.

De igual modo, o Poder Executivo não necessita de provocação, age de iniciativa própria, podendo acionar o Legislativo e até mesmo o Judiciário. A agenda executiva é direcionada pelos interesses políticos do governante. Pode ser pautado por demandas, contudo, enquanto poder, não está obrigado a dar uma resolução, podendo, inclusive, apresentar caminho alternativo ou outra abordagem para o problema, diferente da pretendida pela população. Garapon aponta para esse detalhe da atuação jurisdicional e da atuação política, afirmando que "uma jurisdição é compelida a se pronunciar sobre questões que lhe são submetidas, enquanto um Parlamento escolhe sua ordem do dia" (GARAPON, 1999, p. 181).

Diante de um instrumento que leva na sua denominação a essência da política, seria possível justificar que políticas públicas são matérias atinentes aos poderes públicos, reconhecidamente políticos, como o executivo e o legislativo. Não se pode deixar de reconhecer que se acentua a participação do judiciário em matéria de políticas públicas, seja em termos de controle, seja até mesmo criando as suas próprias políticas públicas. De outra forma, é preciso reconhecer que "ontologicamente, o Judiciário não é diferente dos seus congêneres, faz parte da superestrutura de poder, destinada a manter o controle social, servindo-se o direito como instrumento necessário a tal desiderato" (SILVA, 2013, p. 24).

O mundo moderno, repleto de complexidade, exige respostas para seus variados conflitos. O judiciário não pode ficar adstrito à resolução de conflitos entre particulares e diante dos processos que a ele chegam. Deve incorporar seu papel no novo cenário do Estado Social Democrático e, diante desses conflitos de cidadania, projetar políticas públicas capazes de solucionar os interesses envolvidos, com o objetivo de fortalecer a democracia, a cidadania e garantir a

implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Oportuno é o registro, conforme sustenta Maia Baracho (2007) de que, “desde a primeira metade do século passado, existe no Brasil o esforço para que esses direitos constitucionalmente garantidos sejam efetivos. Trata-se da conhecida busca da aproximação possível entre o ‘dever ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social”.

A doutrina clássica destaca que a iniciativa da elaboração de políticas públicas deve partir dos poderes políticos – legislativo e executivo – restando ao judiciário apenas a sua análise formal, sem adentrar no mérito. Maria Paula Dallari Bucci chega a afirmar que “parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis, para execução pelo Poder Executivo.” (BUCCI, 2002, p. 269).

> Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. (COMPARATO, 1998, p. 44).

O papel do Poder Judiciário se remodela e se amplia, deixando de ser apenas o mero aplicador da lei, o que diz o direito tão somente. O Judiciário passa a ser o guardião do cumprimento da constituição e de seus direitos prometidos, especialmente quando estão presentes questões envolvendo direitos políticos, sociais, econômicos e culturais extensíveis a variados segmentos da sociedade.

Há um deslocamento das funções, antes reservadas puramente aos poderes políticos, também para o judiciário, mesmo que de forma suplementar, isto é, após a detecção de omissão ou inércia dos responsáveis pioneiros. Esse desprendimento há muito deixou de ser uma discussão doutrinária acerca da possibilidade de exame do mérito administrativo, da oportunidade e conveniência. O que hoje se discute é a legitimação do judiciário para discussão e apreciação de causas que envolvem no todo – mérito e forma – as grandes questões políticas, antes reservadas para discussão nos fóruns políticos.

Não se pode deixar de apresentar, também, a preocupação com esse avanço do judiciário sobre as políticas públicas, uma vez que tal comportamento institucional “pode levar a um ativismo judicial exagerado, em que a intromissão do Poder Judiciário no planejamento e

execução das políticas públicas acaba por prejudicar o planejamento estratégico da gestão pública em prejuízo de toda a sociedade" (JORGE NETO, 2008, p. 153). E o judiciário avança cada vez mais na aceitação da apreciação das questões políticas, sempre que provocado seja pelos atores políticos (parlamentares, partidos políticos, associações e sindicatos, etc.) ou pelas instituições jurídicas nacionais (Procuradoria da República, Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, etc.).

O Estado Democrático de Direito, em que a Constituição é o lumiar, deve primar pela concretização dos direitos fundamentais, ficando a isto vinculada a atuação de todos os Poderes do Estado. Desta forma, as políticas públicas precisam ser entendidas como uma articulação de todos os poderes do Estado, com a finalidade de concretização dos fins traçados pela norma fundadora. Trata-se de uma demanda constitucionalizada, que envolve a concretude de norma de preceito fundamental. "As demandas por políticas públicas, em torno de temas como trabalho e emprego, educação, saúde, etc., efetivam-se para a realização de direitos fundamentais, de base constitucional, não necessariamente direitos humanos" (FEITOSA, 2013, p. 233).

1.3. Regime Jurídico

Em termos de políticas públicas, é possível afirmar que não há um "regime jurídico das políticas públicas". As políticas públicas podem se exteriorizar por meio de variadas formas normativas. É possível encontrá-las contidas no próprio texto constitucional ou em emendas constitucionais; é também meio normativo para exteriorizar as políticas públicas, a lei, decretos, resoluções ou, até mesmo, atos administrativos. Maria Paula Dallari Bucci explica que as políticas públicas atuam de forma complementar, "preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados (...), como categoria jurídico-formal, situada provavelmente abaixo das normas constitucionais e acima ou ao lado das infraconstitucionais" (BUCCI, 2006, p. 26).

O campo de estudo das políticas públicas é, também, ambiente de complexidade e que exige correlação de interesses e demandas das mais variadas. Políticas públicas não se circunscrevem a discursos políticos ou a promessas de governos. Não se pode perder de vista que o gérmen das políticas públicas é um problema a ser solucionado, muitas vezes com um apontamento de uma diretriz governamental. Mas não se restringe a simplesmente buscar soluções, exigindo-se ainda

programação, reserva orçamentária, planejamento, implementação e desenvolvimento de medidas e ações adequadas para a solução do problema detectado.

Maria Paula Dallari Bucci, citando Robert Dahl, afirma que "sob o aspecto substantivo, a democracia é 'inerentemente um sistema de direitos'" (BUCCI, 2013, p. 96). O próprio Robert Dahl (2009, p. 27), em artigo que analisa o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos em termos de políticas públicas, chega a afirmar que "a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas nacionais e é essa função que dá ensejo ao problema da existência da Suprema Corte em um sistema político comumente considerado democrático"[4].

A formulação do direito passa pelo crivo institucional e as políticas públicas são arranjos institucionais. Desta forma, evidencia-se o interesse do direito pelo objeto política pública, muito mais pela existência de atos jurídicos que a compõem, como também e especialmente pela "existência de um regime de efeitos jurídicos combinados, articulados ou conjugados decorrentes desses mesmos atos e atividades, ou dito vulgarmente, a sua 'amarração jurídica'" (BUCCI. 2013. p. 258). A intervenção do judiciário em matéria de políticas públicas sempre foi motivo de resistência por parte dos poderes políticos e de muita discussão na ciência jurídica.

> Quando as normas constitucionais ou legais determinarem, para o planejamento de políticas públicas, pautas das quais dependa a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais, e os poderes respectivos não tiverem adotado medida alguma, caberá ao Poder Judiciário repreender essa omissão e reenviar a questão, para que alguma medida seja elaborada. Essa dimensão da atuação judicial pode ser conceituada como a participação em um "diálogo" entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos pactos de direitos humanos. Somente em circunstâncias excepcionais, quando se justificou pela magnitude da violação ou pela ausência total de colaboração dos poderes políticos, os juízes avançaram, a partir de seu próprio critério, na definição concreta das medidas a serem adotadas. (ABRAMOVICH, 2005, p. 205).

No processo de inserção do direito no debate sobre políticas públicas, a construção de um fundamento jurídico que teorize o conceito de políticas se acentua e se evidencia a cada momento. Seja na parte de controle, na qual o mundo jurídico é chamado a reavaliar as constitucionalidades de políticas, seja atualmente, no desenvolvimento de políticas públicas inerentes e adequadas ao serviço público prestado pelo Poder Judiciário, e/ou ainda, a

---

[4] Assim, o papel da Suprema Corte como instituição formuladora de políticas públicas não é simples; e é um erro supor que as funções podem ser descritas ou avaliadas por meio de conceitos simples extraídos de teorias democráticas ou morais. No entanto, é possível se chegar a conclusões gerais sobre a função da Suprema Corte como uma instituição formuladora de políticas públicas. In DAHL, Robert. **Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.252, 2009, p. 40.

extrapolação do seu campo de atuação institucional, deflagrando programas e projetos que envolvem interesses e participação obrigatória dos outros poderes.

> O direito econômico, campo com o qual a abordagem das políticas públicas no direito tem evidentes afinidades, também evoluiu lentamente, a partir das transformações nas relações entre direito e a economia que sucederam o fim da Primeira Guerra Mundial, a revelar a exaustão do paradigma institucional-econômico do século XIX. (BUCCI, 2013, p. 286).

As políticas públicas são construtos de uma nova nuance da função estatal, podendo ser encontradas em atos administrativos, formulados pelo Poder Executivo, em normas elaboradas pelo Poder Legislativo e também em decisões judiciais, prolatadas pelo Poder Judiciário. Não se trata de uma matéria reservada à iniciativa privativa de somente um dos poderes, mas colocada à disposição do estamento estatal para fins de concretude dos direitos e princípios fundamentais. "A separação entre a política, que se ocupava da formação das leis, e o direito, que respondia pela sua aplicação, se esmaece de tal maneira que direito e política são componentes igualmente importantes nos diversos momentos de delineamento, criação e execução da legislação" (BUCCI, 2013, p. 129).

Eros Roberto Grau erige o direito ao campo das políticas públicas e aponta para a necessidade do jurídico abordar também esse tema, especialmente em termos de planejamento e desenvolvimento:

> Isso importa que o Direito já não seja mais a representação da ordem estabelecida defesa do presente, mas também a formulação de uma ordem futura, a antecipação do porvir. É o planejamento que confere consistência racional à atuação do Estado (previsão de comportamentos, formulação de objetivos, disposição de meios), instrumentalizando o desenvolvimento de políticas públicas, no horizonte de longo prazo, voltados à condução da sociedade a um determinado destino (GRAU, 1990, p 318-319).

No contexto de confrontação de conceitos, a política não se confunde com o direito-norma que a expressa ou regulamenta. Comparato (1998) faz essa devida distinção para fins de entendimento da roupagem em que se apresenta a política, delimitando que "a política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio" e, por fim, arremata que:

> De onde se segue que o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente,

> determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais. (COMPARATO, 1998, p. 45).

O momento atual da democracia exige muito mais de todos os poderes da República, exige participação efetiva na concretização das "promessas constitucionais" incumbidas ao Estado brasileiro, assim como à sociedade. A instrumentalidade dessas promessas, de início, compete efetivamente aos poderes políticos, no entanto, em face de sua inércia e omissão, o poder jurídico, catalisado por várias instituições, pode ser provocado e assumir papel de propulsor de implementação de políticas públicas capazes de promover direitos fundamentais.

Uma distinção é necessária, até mesmo para apontar os caminhos para conceituação das políticas públicas advindas do judiciário. Trata-se da separação entre políticas públicas de Estado e políticas públicas de governo. A primeira se apresenta como uma programação maior da sociedade e da nação, previamente definida em sua constituição, o que o Estado é e pode promover para seu povo e seu desenvolvimento. "[...] quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado" (AITH, 2006, p. 03). A segunda é plasmada pelos governos periodicamente eleitos pelo povo, numa democracia, e considera etapas ideológicas e partidárias no desenvolvimento dos programas a serem traçados, não podendo, no entanto, fugir das diretrizes gerais das políticas públicas de estado. A política pública de estado é sempre globalizante, enquanto a política pública de governo naquela está contida. "[...] políticas de governo podem ser políticas pontuais, voltadas à promoção dos direitos humanos, dotadas de uma maior flexibilização e de maior especificidade em seus objetivos. Os objetivos das políticas de governo são o de aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos humanos" (AITH, 2006, p. 04).

Para Heidemann, a política pública deve ter a abordagem multicêntrica e não somente centrada em conceitos fechados ou de iniciativa única governamental; trata-se de um instrumento de políticas do Estado. "A perspectiva de política pública vai além da perspectiva de políticas governamentais, na medida em que o governo, com sua estrutura administrativa, não é a única instituição a servir à comunidade política, isto é, a de promover políticas públicas" (HEIDEMANN, 2010, p.31). Tratando de políticas públicas, Leonardo Secchi apresenta um

conceito de políticas públicas como políticas governamentais e insere o Poder Judiciário como um dos elaboradores de políticas:

> Chamamos de políticas governamentais aquelas políticas elaboradas e estabelecidas por atores governamentais. Dentre as políticas governamentais, estão as emanadas pelos diversos órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nos dias atuais, as políticas públicas governamentais são o subgrupo mais importante das políticas públicas, e são as que recebem maior atenção na literatura da área (SECCHI, 2016, p. 5).

A análise que se faz nesse momento não é voltada para a eficiência de uma determinada política pública, mas uma análise da perspectiva das estruturas, das instituições, especialmente sobre o ponto de vista da legitimidade e da possibilidade (grau de participação) do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. O estudo envolve a estruturação do judiciário em termos de envolvimento com o campo das políticas públicas.

1.4. Dimensões da política

De acordo com Schmidt (2008, p. 2310), há três dimensões da política, com terminologia formulada pela literatura inglesa, que estabelece diferentes termos para designar a tríade de dimensões da política: a institucional (*polity*), a processual (*politics*) e a material (*policy*). Na primeira, *polity*, está albergada a análise das instituições políticas e dos procedimentos administrativos, contemplando aspectos estruturais do Estado e do governo. A *politics* está relacionada aos processos da dinâmica política e da disputa pelo poder pela repartição dos recursos do Estado. Neste grupo são citadas exemplificativamente as relações entre os poderes, os processos de discussão e de tomada de decisões, as relações do Estado com a sociedade e o mercado, a atuação dos partidos e outros. Por último, a *policy* representa o resultado da ação governamental e são, mais especificamente, as políticas materializadas em diretrizes, programas, projetos e atividades (SCHMIDT, 2008, p. 2311).

Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241-249) envereda por esta mesma linha de complexidade do estudo das políticas, ao sustentar que a conexão das políticas públicas com o Direito pressupõe a inter-relação entre os subsistemas jurídico e político. Atribuem-se ao Direito os critérios de qualificação jurídica das decisões políticas e, de outro, incrementa-se, nesse mesmo Direito, a percepção dos elementos políticos e das relações de poder.

O processo de formulação de políticas é de fato complexo, envolvendo processos analíticos e políticos, e demanda muitas interações entre os diversos atores políticos, incluindo todos os poderes da República. O Judiciário, portanto, não pode ser excluído do rol dos agentes políticos que lidam com políticas públicas. Não há no texto constitucional direcionamento exclusivo para que somente os poderes políticos, executivo e legislativo, possam lidar com políticas públicas.

Aqui se pode contrapor a tese de que, em matéria orçamentária, o detentor da iniciativa é o executivo e o poder deliberante é o legislativo. Como enfatizado por Maria Paula Dallari Bucci, "o Poder Executivo detém, no sistema constitucional brasileiro, a iniciativa privativa de projetos que impliquem comprometimento orçamentário ou a estruturação de serviços públicos, com a contratação de pessoal com recursos públicos (CF/, art. 61, § 1º, II, *a*, *b* e *e*)" (BUCCI, 2017, p. 40), no entanto, é de se destacar nessa afirmação que a iniciativa de projetos que acarretem despesas orçamentárias é do executivo, mas essa afirmação não comporta a conclusão de que somente o executivo pode ter orçamento e ainda, que possa controlar os orçamentos dos outros poderes e instituições republicanas. Na realidade, tanto o Judiciário, como o Legislativo, e outros órgãos com independência financeira e orçamentária, tais como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, possuem poder para confecção de seus orçamentos e sua aplicação devida, no percentual traçado nas respectivas leis orçamentárias (Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentais – LDO e Lei Orçamentária – LOA).

Dessa forma, o judiciário é parte integrante da leva de atores públicos aos quais a Constituição da República de 1988 direciona a obrigação de concretização das suas promessas políticas, competindo-lhe também a responsabilidade pela implementação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil expressamente traçados no art. 3º da CF/88[5].

1.4.1. Dimensão: *polity*

Nesta dimensão do estudo das políticas, a *polity* refere-se aos aspectos conformadores das estruturas de poder e da estruturação das instituições democráticas. Não se observa o

[5] CF/88: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

funcionamento em si, mas a sua estruturação enquanto instituição do Estado, tratando-se assim da "ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político administrativo" (FREY, 2000, p. 216).

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a União é formada por poderes independentes. Nesse sentido, o Poder Judiciário Nacional é estruturado de forma constitucional, sendo assegurado como Poder da República, juntamente com os poderes políticos, Executivo e Legislativo (CF/88, art. 2º)[6]. A organização desses poderes é previsão da própria norma constitucional, em seu Título IV – Da Organização dos Poderes – sendo instituído um Poder Legislativo, a quem compete o poder de elaborar as leis (art. 44 e ss. da CF), um Poder Executivo, a quem compete executar as leis e implementar as políticas públicas (art. 76 e ss. da CF) e um Poder Judiciário, a quem compete aplicar as leis em casos de conflito (art. 92 e ss. da CF).

A estratégia de organização estatal, adotada pela maioria dos países para limitar o poder, foi dividi-lo em instituições com relativa autonomia, com vistas a torná-lo menos poderoso que o todo e com contenções mútuas de uns para com os outros. A separação dos poderes é uma forma de contenção do poder do Estado nas Democracias.

Estratégia similar aplica-se na estruturação do Judiciário, que embora tenha um caráter nacional[7], sua estruturação espelha o sistema federativo, constituindo-se de um judiciário federal e um judiciário estadual. No âmbito de suas estruturações, cada judiciário possui instâncias de poder, com subdivisões verticais. Assim, no judiciário estadual, há um tribunal de justiça, como

---

[6] Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[7] Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. CNJ. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. **Caráter nacional**. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, *caput*, I, letra r, e 103-B, § 4º, da CF. O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. [ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, DJ de 22-9-2006.]. (Grifo Nosso).

órgão de administração e que ocupa o vértice do organograma judiciário, enquanto os juízes de direito ocupam a base do sistema judicial estadual. Já no judiciário federal, há tribunais regionais na cúpula das administrações, enquanto os juízes federais ocupam seções judiciárias no primeiro grau. Há, assim, uma estruturação horizontal consistente no Poder Judiciário Nacional e uma forma hierarquizada de estrutura vertical.

Há ainda que se destacar a criação dos tribunais superiores, que dão uniformidade à aplicação do direito nacional interpretado pelos diversos tribunais. O sistema é estruturado para promover a uniformização de regras jurídicas, num alinhamento vertical. O órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, representa politicamente toda a estrutura do judiciário nacional perante os outros poderes da República, sendo ainda o guardião da Constituição, em termos de controle de constitucionalidade. Em cada ramo do judiciário nacional, estadual, federal, trabalhista, militar, eleitoral, há um administrador que traça as diretrizes para a manutenção do seu funcionamento, com o orçamento que lhe é destinado, praticando a autonomia administrativa e orçamentária.

A estrutura (*polity)* judiciária é projetada para fins de contribuição com o desenvolvimento nacional, regional e local. Nesse sentido, os órgãos judiciais devem se comprometer e ter envolvimento de cumprimento dos objetivos do Estado brasileiro, delineado e colocado em prática, na maioria das vezes, por meio das políticas públicas. A participação do judiciário, como estrutura estatal criada com essa finalidade, permite um refinamento das políticas públicas, seja por meio de correção de rumos, adequando-as às diretrizes constitucionais, seja redirecionando para uma melhor aplicação dos recursos públicos e, em casos específicos, criando e implementando novas formas para políticas públicas pensadas e implementadas por outros poderes.

O Judiciário, antes relegado apenas ao julgamento de questões entre particulares e consideradas apolíticas, passa a ter um protagonismo maior no Estado Social, recaindo sobre sua estrutura uma quantidade bem maior de demandas sociais, coletivas e econômicas; uma pauta considerada, também, política. Incorpora-se assim, as chamadas funções sociais, fenômeno que contribui para sua chegada ao fórum das discussões políticas e, também, a ser questionado por sua aparente intromissão em pautas consideradas políticas. “Ocorre que dentro dos limites estreitos estabelecidos pelas metas básicas de políticas públicas, a Suprema Corte pode formular políticas públicas nacionais” (DAHL, 2009, p. 41).

O problema fundamental para o judiciário é aderir a essa nova dimensão com a visão voltada para o desenvolvimento econômico, dentro das possibilidades institucionais e do seu orçamento disponível, criando um ambiente institucional que fomente crescimento com preservação dos princípios fundamentais e concretização dos direitos socioeconômicos e culturais. Uma das grandes mudanças paradigmáticas do judiciário brasileiro adveio com a criação do Conselho Nacional de Justiça. O CNJ é órgão componente da estrutura do Poder Judiciário nacional, mas com atribuições apenas administrativas e de controle orçamentário. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não possui jurisdição e não tem poderes para adentrar na discussão das decisões judiciais – mérito – proferidas pelos vários órgãos jurisdicionais. É, portanto, um órgão de controle administrativo e correcional.

O Conselho Nacional de Justiça é o órgão encarregado pelo desenvolvimento de ações e programas com o objetivo de garantir o controle administrativo e processual, a transparência e o bom funcionamento do Judiciário nacional. A criação do CNJ abriu caminhos para uma nova gestão judiciária, unificando procedimentos administrativos e gerenciais de vários tribunais, que antes agiam de forma estanque e sem interação entre eles. Sua sistemática se solidificou na responsabilização administrativa das questões da administração judiciária, sendo seguidos pelos demais tribunais da federação.

Apresenta-se um novo ator na operação das políticas públicas. O CNJ passou a introduzir no seio do judiciário as denominadas “políticas judiciárias”, buscando aprimorar a administração judiciária (serviço meio) com a finalidade de aperfeiçoar a prestação jurisdicional (serviço fim) dos vários órgãos do Poder Judiciário. Com esta atividade, o CNJ passa a ser agente ativo de implementação de políticas públicas, até aqui compreendidas como políticas judiciárias, e, desse modo “desenvolvem-se novas políticas sociais referentes ao papel jurisdicional do Estado frente a essa explosão de litigiosidade, decorrente da complexidade socioeconômica moderna” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 113).

Desta forma, é possível afirmar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) representa um marco no processo de condução de políticas públicas pelo judiciário. Tem-se que, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, dá-se início uma série de transformações, com foco na elaboração de políticas públicas efetivadas pelo CNJ a serem desenvolvidas pelo próprio Poder Judiciário.

Com o CNJ, o Judiciário passa a incorporar na sua estrutura um órgão judicial (não jurisdicional) capaz de criar, implementar, programar, avaliar e analisar políticas públicas a serem destinadas a toda sociedade, e não somente para consumo interno do próprio judiciário. É o judiciário se desprendendo da conceituação clássica de poder técnico e apolítico, que não poderia pensar em políticas públicas e, no mínimo, em termos de políticas públicas o que poderia era controlar as políticas públicas construídas pelos poderes políticos.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passa a ter essa atribuição como elaborador e aplicador de políticas públicas, bem como o desafio de transformar a mentalidade do próprio judiciário para a quebra de paradigmas, no sentido de afirmar a capacidade de todo o judiciário de desenvolver políticas capazes de concretizar as demandas sociais, especialmente aquelas que chegam ao próprio judiciário. O órgão criado com a finalidade de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (CF/88, art. 103-B, § 4º)[8] "acumulou a função de formular políticas públicas de acesso e prestação da justiça, de modo eficiente e efetivo, em benefício da sociedade." (OLIVEIRA; SPENGLER, 2013).

O Conselho Nacional de Justiça potencializou as possibilidades do judiciário na área de políticas públicas, oferecendo melhores condições para orientar, fiscalizar, projetar e implementar políticas públicas ligadas à área judiciária e, também, outras que extrapolam o campo de abrangência do judiciário, catapultando-se seus efeitos para outros setores, inclusive, de forma sistêmica. A Emenda Constitucional 45/2004, portanto, criou estruturas institucionais (*polity*) para a construção, implementação e desenvolvimento das políticas adequadas ao Poder Judiciário e a seus serviços públicos, mas também possibilita que os programas públicos implementados pelo CNJ possam se expandir para outros setores públicos e coletivos. Cria um sistema complexo para atingir metas e resultados, com estruturas verticais em toda Federação e com funções horizontais para todos os membros da estrutura judiciária, responsáveis pela política judiciária.

Característica legitimadora do Conselho Nacional de Justiça é a sua composição híbrida, constituída de vários segmentos sociais, magistrados de várias instâncias e ramos do judiciário, membros do Ministério Público, advogados e representantes da Câmara dos Deputados e do

---

[8] CF/88 Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)
(...)
§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Senado. A composição híbrida afasta o corporativismo e o pensamento estanque institucional, determinando um planejamento social para o órgão judiciário, legitimado para elaboração de políticas não mais judiciárias, mas também, políticas públicas. Outro pormenor a ser destacado é a sua relevância para todo Poder Judiciário Nacional, em termos de planejamento e escolhas das políticas. Trata-se de uma instância decisória colegiada, presidida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal e integrada por representantes dos demais segmentos judiciais, além de representantes dos poderes políticos.

Portanto, temos concretizado uma das dimensões referidas para as políticas públicas. A criação do sistema jurídico, estruturado e com comando central do Conselho Nacional de Justiça, que orienta todo o judiciário numa série de princípios, objetivos e instrumentos, que caracteriza "a dimensão institucional '*polity*', se refere à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo" (FREY, 2000, p. 216).

1.4.2 Dimensão: *Politics*

No que concerne a dimensão da *politics*, tecnicamente a formulação das políticas públicas, especialmente aquelas voltadas para área social, compete ao Poder Legislativo, podendo advir, também do Poder Executivo ou mesmo da sociedade, cabendo ao executivo implantá-las e executá-las. Essa dimensão (*politics)* é tratada pela análise das políticas públicas como elo de ligação entre as instituições ou agências públicas, com a finalidade de operar as políticas. Os poderes em movimento, o processo público de por em prática os comandos constitucionais, legais, administrativos e judiciais.

> A *politics* abrange a dimensão dos processos que compõe a dinâmica política e da competição pelo poder, que lhe é inerente. A análise dos processos procura captar o relacionamento dinâmico dos atores políticos. A competição pelo poder e pelos recursos do Estado é marcada tanto por conflitos como por cooperação entre forças políticas e sociais, dependendo dos assuntos e dos interesses em jogo. Pertencem à dimensão da *politics* questões como as relações entre o poder executivo, legislativo e judiciário, o processo de tomada de decisão nos governos, as relações entre Estado, mercado e sociedade civil, a competição eleitoral e parlamentar, a atuação e relação dos partidos e das forças políticas com os governos, etc. (SCHMIDT, 2008, p. 2310).

O Poder Judiciário também tem importância na concretização dos direitos fundamentais, uma vez que lhe compete o controle constitucional das variadas políticas públicas formuladas pelos poderes políticos. O Poder Judiciário pode ser instrumentalizado como garantidor dos

direitos fundamentais, sendo-lhe reservado o compromisso constitucional de protegê-los e garantir sua concretização, por meio de iniciativa de órgãos estatais, da sociedade civil e até dos próprios cidadãos, que podem se utilizar de variados mecanismos jurídicos e processuais. Quando ocorrem omissões do Poder Público na execução de Políticas Públicas, ou ausência de projetos, a sociedade tem no Poder Judiciário a sua salvaguarda podendo determinar, por meio de ações judiciais, que o Estado (Poder Executivo) adote medidas de preservação e/ou concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Matérias que antes eram previamente analisadas e decididas no âmbito dos poderes políticos são transportadas para o Poder Judiciário, ocasionando a judicialização de temas políticos e conflitos de competência e até choques entre os poderes. Não se pode deixar de assentar, também, que processos decisórios, antes resolvidos sem necessidade de cadeias normativas, passaram a ser solucionados por meio de procedimentos legais, mostrando que as amarras do Direito estão estabelecidas no campo político. Esse fato, além de acarretar tensão entre os poderes políticos e o judiciário, leva quase sempre as decisões políticas a serem rediscutidas no âmbito jurídico dos tribunais.

O judiciário se apresenta ora de forma passiva, recebendo as demandas, ora de forma ativa, acolhendo as pretensões, como um novo fórum democrático para a dimensão *politics* das políticas públicas, especialmente em se tratando das matérias atinentes às relações econômicas, sociais, políticas e culturais.

A relação democrática entre os poderes que, em passado próximo, era mais protocolar e formalista, passa por uma transformação. Essa transformação se apresenta de forma explícita quando se constata que os processos políticos vêm sendo redimensionados e margeados por contornos jurídicos (normas) e, posteriormente, pela judiciabilidade das demandas não entregues a contento pelos poderes políticos, compromissados pela lei a cumpri-las. O Judiciário, portanto, é chamado para seguir em compasso de cumprimento das políticas públicas já estabelecidas na Constituição, em leis ou formuladas e adotadas pelo próprio Poder Público e sem devida concretização. Não se nega ao judiciário seu peso político, enquanto um dos poderes da República, recaindo sobre si a legitimação de participante do embate político (*politics*).

1.4.3 Dimensão: *policy*

No que se refere à terceira dimensão das políticas públicas, ou seja, a concretização da política – *policy*[9] – os instrumentos utilizados pelo judiciário, distintos dos instrumentos materiais noticiados pela Constituição, dos instrumentos processuais, legislativos e administrativos (*polity*) são divididos em dois grupos: a participação no controle jurisdicional das políticas públicas e a implementação de políticas públicas próprias. Nessa dimensão, o judiciário passa a ser gestor de políticas públicas, sejam elas advindas dos demais poderes ou criadas e implementadas pelo próprio Poder Judiciário. Paulo Henrique Tavares da Silva (2013, p. 77) afirma que "o Magistrado, no terreno da *policy*, é juiz-gestor tão responsável quanto os demais agentes públicos pela construção das políticas públicas".

Por meio da Portaria nº 15, de 08 de março de 2017 – dia internacional da mulher – o Conselho Nacional de Justiça institui a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, com o objetivo de discutir estratégias para promover a cultura da paz e prevenir a violência contra a mulher. Trata-se de mais um exemplo a ser apontado de como o Poder Judiciário instrumentaliza políticas públicas, partindo de sua própria estrutura, como formulador e executor.

O SISNAMA estabeleceu diversos mecanismos para a implementação da Política Nacional de Meio Ambiente, entre os quais podemos destacar: os padrões de qualidade ambiental, de caráter preventivo, instrumento importante no controle da poluição, que indicam as condições do ar, água e solo; o zoneamento ambiental, que realiza o ordenamento adequado de um determinado espaço territorial, levando em consideração as variáveis físicas, sociais e econômicas; a avaliação de impactos ambientais, que faz parte do processo de licenciamento, permite a participação de todos os atores sociais afetados pela intervenção a ser realizada; o licenciamento, que concede licenças ambientais, autoriza a implementação de um determinado empreendimento, colocando condições ambientais para o seu funcionamento; a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo poder público federal, estadual e municipal – áreas de proteção ambiental, estações ecológicas e reservas extrativistas.

---

[9] A *policy* compreende os conteúdos concretos da política, as políticas públicas. Elas são "o Estado em Ação", o resultado da política institucional e processual. As políticas se materializam em diretrizes, programas, projetos e atividades que visam resolver problemas e demandas da sociedade. Pertencem à dimensão da *policy* as questões relativas às políticas de um modo geral: condicionantes, evolução, atores, processo decisório, resultados, etc. (SCHMIDT, 2008, p. 2310-2011).

Também são exemplos a Política Nacional de Saneamento Básico, constituída pela Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico; a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), implementada pela Lei nº 12.305/10, e contém instrumentos importantes para permitir o avanço necessário no enfrentamento dos principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes do manejo inadequado dos resíduos sólidos; a Política Nacional Urbana – Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) – que regulamentou o capítulo de política urbana da Constituição Federal (arts. 182 e 183) e estabeleceu diretrizes gerais para a política urbana, bem como normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, segurança e bem-estar dos cidadãos e equilíbrio ambiental; a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH (Lei Nº 9.433/1997), que instituiu e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos – SNGRH; a Política Nacional de Educação Ambiental, por meio da Lei nº 9.795/1999, que define a Educação Ambiental como um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal, sendo um direito de todos; entre outros que compõem as variadas políticas públicas destinadas a implementar a Política Nacional de Meio Ambiente.

CAPÍTULO II – JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. Decisões políticas e jurídicas

No presente capítulo abordamos questões relacionadas ao fenômeno da judicialização das relações sociais e políticas, os fatores condicionantes para sua concretização e as causas determinantes para as decisões de questões políticas no âmbito do judiciário. No conjunto dessa explicação, aparece outro conceito, o qual seja o de ativismo judicial, que também será objeto do capítulo. O ativismo é conduta do juiz, enquanto a judicialização é um fato observável. As Políticas Públicas se tornaram pauta desse fenômeno de judicialização e o judiciário não se esquivou em tratar do tema, ao contrário, tornou-se proativo na condução dos mais variados temas envolvendo direitos econômicos, sociais e culturais.

A relevância do seu estudo se explica pela necessária e adequada intervenção do Estado no trato dos grandes problemas sociais, econômicos e ambientais. A política sistematiza um conjunto de aspirações da sociedade, condensa a atividade estatal que visa a concretizar as demandas sociais. "Política aqui não conota, evidentemente, a política partidária, mas política num sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização do poder" (BUCCI, 2002, p. 242). Assim, a política a ser estudada é objeto da ciência política e também do direito, aquela capaz de ser fio condutor do regime democrático, proporcionando desenvolvimento e distribuição de justiça social.

A adequada gestão da coisa pública constitui tarefa complexa, razão pela qual as políticas públicas são instrumentos adequados para normatizar, padronizar e criar métodos para aprimorar a distribuição de serviços públicos, fato que contribui para que as políticas públicas funcionem como instrumento de desenvolvimento humano e social. Políticas públicas são instrumentos do campo político e também do campo do direito, utilizados para distribuição dos direitos sociais, como forma de política pública redistributiva.

Os direitos sociais[10] formam um campo da Constituição que representa promessas políticas tendentes a fomentar a igualdade e a justiça social, desencadeando processos de desenvolvimento

[10] Os direitos sociais estão presentes por toda a Constituição de 1988. O artigo 6º dispõe: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Por sua vez, o artigo 7º da Constituição contém XXXIV incisos alusivos ao mesmo tema. Há, ainda, um extenso título da "ordem social" que vai do art. 193 ao 232.

humano e a na própria sociedade. Trata-se de direitos prestacionais ou programáticos, que têm por finalidade uma conduta comissiva do estado, no sentido de concretização de seus objetos definidos na norma constitucional ou infraconstitucional. “No Estado Democrático de Direito as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e promoção dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais” (OLIVEIRA, 2008, p. 70).

O campo de estudo das políticas públicas é, também, ambiente de complexidade e que exige correlação de interesses e demandas das mais variadas áreas de conhecimento. Não se pretende aqui reter a análise das políticas públicas somente ao campo de atuação do direito, mas trazer outros aspectos políticos, sociais e sociológicos, com a finalidade de entender o fenômeno da entrada das políticas públicas no âmbito do direito e, por sua vez, na jurisdição, espaço anteriormente reservado apenas para questões jurídicas por excelência.

Some-se a isso a forte tendência a considerar as decisões judiciais relacionadas às políticas públicas, como decisões políticas e não simplesmente jurídicas. Robert A. Dahl não tem nenhum constrangimento em afirmar, ao analisar a tomada de decisões da Suprema Corte Americana, que “considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estritamente como uma instituição jurídica é subestimar sua importância no sistema político americano” (DAHL, 2009, p. 25), destacando a relevância de se tratar o judiciário como um dos poderes políticos e não somente jurídico.

A promessa contida na Constituição de 1988 não é apenas de uma Democracia política, finalidade mais latente no momento de sua confecção, mas também de uma Democracia Social, incorporando em seu texto de princípios e direitos vários comandos para consecução dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para concretização desses direitos, todas as instituições públicas são chamadas a participar. Assim, as promessas sociais saíram simplesmente do âmbito político-eleitoral para permearem, também, o âmbito de atuação do Direito, passando o cidadão a possuir mais um canal de reclamo no momento em que seus direitos não são atendidos. É fato que a Constituição de 1988 potencializou a cultura de normatizar direitos antes só possíveis no campo político.

Quando se analisam políticas públicas sem a confluência com a judicialização da política, o objeto de estudo é centrado nas decisões políticas, nas escolhas feitas pelos governos e pelos parlamentos. Decisões políticas que, em princípio, não estariam amarradas por normativas legais, mas apenas ao processamento político-administrativo. Por outro lado, quando se analisam

políticas públicas sob o efeito do fenômeno da judicialização, o objeto de estudo, necessariamente, é o campo do direito e das decisões jurídicas.

Antes mesmo de definir as competências para determinada decisão social, é preciso fazer a distinção entre objetos dessa mesma decisão. O conteúdo a ser decidido em matéria social é geralmente também político. A matéria a ser examinada para a resolução de um problema na sociedade deveria, primeiramente, ser solucionada com a aplicação do método democrático de ouvir os interessados e apresentar uma solução escolhida pela maioria, sem prejuízo da minoria vencida. Essa é a regra. As decisões políticas predominam. O estudo da Ciência Política é de fundamental importância para entender esse liame e essa dispersão de forças entre a Política – decisões políticas – e o Direito – decisões jurídicas. Segundo Norberto Bobbio (1998, pp. 164 – 165), o nascimento da ciência política como disciplina autônoma "representa um momento e uma determinação específica do desenvolvimento das ciências sociais, que caracterizou justamente o progresso científico do século XIX (...) e se processa através do distanciamento dos estudos políticos da matriz tradicional do Direito".

No entanto, é possível identificar outro método decisório que se avoluma e passa a rivalizar com o método político. Trata-se do método jurídico, que consiste em buscar uma solução dentro das normas jurídicas pré-estabelecidas, mediante decisão judicial (e não mais da maioria), dentro de critérios processuais adequados. O sistema democrático possibilita a convivência dos diferentes e garante a sobrevivência das minorias. Para tanto, as decisões jurídicas como garantidoras dos direitos fundamentais, se avizinha, em termos de legitimidade, às decisões políticas. Com propriedade, afirmou Kelsen (2000, p. 67) "disso resulta não tanto a necessidade, mas a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função dos Direitos fundamentais". É possível observar a interação quase constante entre os conceitos de decisão política e de decisão jurídica, havendo imbricação desses conceitos na própria acepção do que sejam políticas públicas. O conceito de políticas públicas advém inicialmente da Ciência Política, no entanto, com o avançar de aplicação dos processos de políticas públicas, seu conceito e natureza passaram a ser estudados por outras áreas, tais como sociologia, administração, contabilidade, ciências sociais e, mais recentemente, o Direito.

Nos primórdios da civilização[11], a política se sobressaía nas tomadas de decisões pelos governos. Basicamente, atendia-se ao aspecto político da escolha do que seria melhor para aquela sociedade, sem barreiras legais ou procedimentais. Com o passar dos anos e o avanço da civilização, o direito foi se agigantando e servindo de base para as decisões políticas. Os direitos e as normas não nasceram de uma única vez, são consequências de um processo histórico e civilizatório que ainda se encontra em curso, com fluxos e refluxos, idas e vindas. No entanto, é possível detectar a força normativa balizadora das decisões políticas, que hoje não podem mais subsistir sem que antes passem pelo devido processo legal (legislativo/administrativo ou judicial). Como bem definiu Bobbio: "(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (BOBBIO, 1992. p. 05).

Os direitos do homem advêm da luta, e a luta por direitos se faz através da política; assim, a política é criadora do direito, instrumento balizador da política. Uma decisão política exige critérios jurídicos para justificá-la e legitimá-la; uma decisão jurídica, por sua vez, necessita de legitimação política e que seu conteúdo seja fundamentado para que tenha aceitação política. Eros Grau nos ensina que "a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas", pois o intérprete autêntico "pratica a *juris prudentia*, e não a *juris scientia*"(GRAU, 2002, p. 29 e 45).

Na análise das políticas públicas, essa distinção entre decisões políticas e jurídicas é importante para demarcar limites entre os atores legitimados para a sua atuação. Os poderes públicos possuem competências pré-determinadas pelo texto constitucional. De uma análise preliminar, pode-se constatar que a norma constitucional dá prevalência aos poderes políticos, o executivo e o legislativo, na consecução das políticas públicas necessárias à implementação dos objetivos fundamentais traçados para um Estado Social. No entanto, a mesma constituição, vista de forma sistemática, atribui ao poder jurídico, o judiciário, ser guardião dessas mesmas promessas sociais, e lhe destina a competência de preservar o Estado Democrático de Direito,

[11] (...) na Antiguidade, remota e clássica, não havia sequer a ideia de Constituição, entendida esta como o corpo diferenciado de normas acima de outras normas, escritas e costumeiras, controlando os poderes do soberano e disciplinando os direitos individuais, muito embora o gênio de Aristóteles tivesse reunido, sob o nome de 'Politeiai', cerca de 158 textos escritos ou regras vigentes e, entre estas, a de cada cidade grega (Esparta, Atenas, Olímpia, Corinto) 'polis' e a de Cartago"(CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional.** p. 16.)

garantindo assim os direitos fundamentais. Nas palavras de Antonie Garapon: “o juiz é o guardião da memória, mas de uma memória reforçada; aquela das promessas que os fundadores fizeram em nossa intenção” (GARAPON, 1999, p. 186).

Não é de se afirmar que o mundo jurídico seja mais capacitado a prover políticas públicas do que o mundo político. O contrário também não aparenta ser a melhor opção, ou seja, não se pode afirmar que somente os agentes políticos sejam capazes de realizar políticas públicas e concretizar as promessas constitucionais. Os poderes políticos (Executivo e Legislativo) necessariamente atuam sob a métrica do jurídico, isto é, suas decisões são políticas, mas para se chegar a essas decisões é necessário que se transcorra um processo legal, que garante a devida legitimação da tomada de decisão. De igual modo, o poder jurídico (Judiciário) tem no direito sua processualidade e sua fonte decisória. No entanto, suas decisões, na causa de decidir ou nos seus efeitos, possuem características também políticas, pois “o juiz, ao assumir uma postura ativa na formatação das políticas públicas, tanto pode adotar um comportamento decisional, que implique a manutenção de uma situação socioeconômica já existente, ou apresentar elementos que redundem em transformação social” (SILVA, 2013, p. 70), a revelar um comportamento de escolhas e opções por uma determinada política pública na qual se debruce para julgar.

Não se trata de participação concorrente ou de exclusão, mas de uma participação efetiva, inovadora, criativa, supletiva, sem inversão ou invasão das funções de um ou outro poder. Não é preciso que exista exclusão ou reserva de atuação, o que se apresenta é a devida interação dos poderes, de todos os poderes, na busca da concretização dos direitos e interesses pretendidos pelo Estado brasileiro; promessas políticas constantes da Constituição, que não é apenas uma “folha de papel”[12], sendo, portanto, direitos materiais e passíveis e com exigibilidade administrativa, legislativa ou judicial. Não se pode, portanto, valorar a qual método decisório a Constituição deu prevalência. O certo é que, no âmbito de suas competências, o legislador constituinte exige decisões políticas dos poderes políticos, dentro de um devido processo legal e administrativo e, por sua vez, exige decisões jurídicas do poder judiciário, dentro do devido processo legal e judicial, com a finalidade de juntas e concomitantemente, implementarem as políticas públicas necessárias para as boas resoluções de questões sociais.

---

[12] “Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado.” (LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002. p.48)

Caso o Poder Judiciário não se imbua desses objetivos fundamentais, não estará significado como um dos poderes da República (art. 2°), mas sim como simples órgão da estrutura estatal, numa visão clássica dos tribunais, como instâncias incumbidas de aplicar o direito, de distribuir o que é justo. Os objetivos da Carta Política são por todos suportados e devem ser encarados com acolhimento de um compromisso para real concretização, no sentido e com finalidade de desenvolvimento da nação e de seu povo. "O próprio fundamento de políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política, conformando e harmonizando todas as demais" (BERCOVICI, 2006, p. 144).

A Constituição de 1988 acentua os poderes do Judiciário e o chama para o cenário da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como garantidor do desenvolvimento nacional, tendo por finalidade a erradicação da pobreza e da marginalização, contribuindo para reduzir as desigualdades sociais e regionais e, por fim, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°). "Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado." (COMPARATO, 1998, p. 45). Em outras palavras, encontramos no *caput* do art. 3º e nos seus incisos, da Constituição Federal, o fundamento constitucional das políticas públicas e a lógica de que todos os poderes, como instituições de Estado criadas pelo constituinte, devem se imbuir do propósito de utilizar o instrumento das políticas públicas, como método democrático e republicano para o enfrentamento dos problemas sociais, na busca pela resolução e concretização do desenvolvimento nacional, de forma unitária e igualitária.

Quanto mais os poderes atuarem na concretização dos direitos sociais, mais estarão cumprindo a finalidade da norma constitucional; essa é a tarefa dada aos poderes, buscando quanto possível a proximidade entre o *dever ser* da norma constitucional e o *ser* da vida em sociedade e das suas reais necessidades. A atuação participativa dos poderes apresenta-se como uma melhor e moderna distribuição das funções estatais, com novos arranjos institucionais, sem aprisionamentos com fórmulas clássicas e tradicionais. Nesse sentido, é possível afirmar que o poder é político e todo poder está legitimado a tomar decisões, dentro do devido processo legal ou administrativo, com conteúdo político.

Não se pode esperar apenas decisões com fundamentos jurídicos e do direito advindas dos tribunais; especialmente quando o objeto da decisão for uma política pública, exigindo do judiciário e do órgão prolator a análise da questão política. "(...) uma corte ou tribunal pode e toma decisões sobre políticas públicas, desviando-se dos critérios "jurídicos" encontrados na jurisprudência, nas leis e na constituição" (DAHL, 2009, p. 26). Políticas públicas são decisões eminentemente políticas, que são idealizadas, implementadas e concretizadas após o devido processo legal ou administrativo, podendo, também, advir de uma tomada de decisão do Judiciário.

Fábio Konder Comparato nos remete a esse processo de surgimento e aperfeiçoamento do conceito de Estado ao retornar às origens do Estado Moderno para afirmar que sua concepção se deveu ao deslocamento do poder individual do monarca para outro soberano, o povo:

> Importa ter sempre em mente que o Estado moderno foi concebido pelos grandes pensadores políticos europeus, a partir de fins do século XVII, como uma organização necessariamente rígida e estática, porque o desafio político da época consistia em abolir o absolutismo monárquico, pela despersonalização do poder. Era indispensável, para tanto, substituir a vontade individual soberana, fundamento da sociedade política no Leviatã de Hobbes, pela norma geral e abstrata. (COMPARATO, 1998, p. 40).

O poder, historicamente e num processo constante de aperfeiçoamento, vai sendo redimensionado em esferas de poder que partem do indivíduo (soberano) para a instituição (governo), da instituição para as instituições (poderes), alargando as competências de cada ente estatal e suas responsabilidades. "A montagem constitucional do Estado moderno foi feita, inteiramente, com base na substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da lei [...]" (COMPARATO, 1998, p. 40).

O Estado, como instância de poder, vai se aperfeiçoando e se amoldando às novas perspectivas. O importante é que essa transformação se mova sempre no campo democrático e de maior participação popular, possibilitando instrumentos de poder ao povo e a todas as instituições políticas, sempre voltadas para o desenvolvimento coletivo, uniforme e igualitário. O político e o jurídico convivem na Democracia, sem necessariamente haver repulsa ou exclusão dos conceitos e âmbitos de atuação. Como atestou Calmon de Passos: "seria ingenuidade ou desinformação negar a crescente politização do jurídico e juridicização do político, fruto de um peculiar estado de coisas maximizado no segundo pós-guerra" (2000, p. 91).

A simbiose democrática de acolhimento da decisão judicial como uma decisão, também, do campo dos poderes políticos remete a novos conceitos e definições. A judicialização das políticas

públicas necessita ser delimitada e definida de forma técnica, fazendo a devida distinção do ativismo judicial com outro conceito que, algumas vezes e erroneamente, são usados como sinônimos ou definidores de um mesmo fenômeno.

2.2. Remodelação da relação entre os Poderes

Na contemporaneidade, o movimento dos poderes é de soma e não simplesmente de divisão. A clássica divisão dos poderes é repaginada e segue a remodelagem de uma maior imbricação entre as suas funções, numa conjunção de forças e políticas capaz de implementar o programa constitucional.

O juiz, na sua função jurisdicional, não só julga. Seus atos de autoridade também ajudam a construir o sistema democrático, a conferir validade às promessas constitucionais. O ato estatal de julgar, seja qual for a causa, redunda em atividade de poder. Não fosse assim, a atividade jurisdicional seria meramente burocrática, refugando a sua natureza de poder. No entanto, enquanto intérprete e aplicador da constituição, especialmente nas causas referentes a direitos humanos, sociais, culturais e econômicos, o ato do juiz é cercado de aspectos políticos, pois a norma constitucional é, em si, jurídica, mas muito mais política. Além da causa constitucional ser política, os efeitos das decisões judiciais afetam o mundo social e sua correlação e forças políticas. O poder de fazer com que o poder (político) cumpra sua obrigação com as políticas públicas.

Os três poderes formam a estética do Estado que visualizamos; sua apresentação para a sociedade. Suas funções e atos concretos nos apresentam o Estado em ação. Há um movimento do triunvirato que não é uníssono e sem organização de ações coordenadas, até porque são independentes. São também harmônicos, mas a harmonia se volta para o não confronto e não para a não atuação em matérias que estejam presentes no âmbito de atuação de cada um, pelo menos na percepção do agente do poder que atua. No bojo da Constituição encontramos as delimitações das competências de cada poder da República. No entanto, essa divisão de competências e atribuições não é taxativa (*numerus clausus*). As competências típicas têm visibilidade e pronta aplicabilidade pelo poder responsável; no entanto, restam vários temas e matérias a serem apreciadas por um dos poderes, ou mesmo por todos, em ações legítimas. Nesse caso, o limite é bem tênue, o que acarreta, algumas vezes, a desarmonia e o conflito aparente.

Os conflitos numa democracia são inevitáveis. Não se trata de um regime de opinião única, de decisão unilateral, de totalitarismo. Trata-se de um regime político no qual as ideias, os projetos, as políticas públicas são construídas a muitas mãos, com a participação de muitas pessoas, de muitas instituições e, preferencialmente, com todos os poderes concordes. A democracia é um exercício constante de consultas públicas. Algumas vezes, há choques e conflitos de interesses nessas tomadas de decisões, o que é natural na Democracia. Usando-se como paralelo, podemos tomar como exemplo o movimento das placas tectônicas. As placas tectônicas representam as diferentes partes da crosta terrestre e estão sempre em movimento, causando alterações nas formas de relevo do planeta. Quando ocorrem movimentos bruscos (crises), ocasionam-se terremotos e vulcões. Guardadas as devidas proporções (*mutatis mutandi*), os poderes da República, Legislativo, Executivo e Judiciário, nessa ordem[13], movimentam-se, causando efeitos na sociedade, através de suas políticas de ações (públicas). Algumas vezes, essas ações se entrechocam, causando aparentes crises institucionais, devendo ser resolvidas ou solucionadas pelo sistema de freio e contrapesos (*checks and balances*).

As instituições são orgânicas e devem se alinhar de forma a manter a vitalidade do Estado, nunca sua derrocada. A separação das funções visa à proteção da sociedade contra a ação unitária do Estado, se acaso fosse representado por uma só pessoa ou por um único órgão institucional. O agir institucional dos poderes, portanto, deve ser primordialmente no sentido de manter a unidade constitucional e bom funcionamento da máquina estatal. “A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado, com a consequente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar, muitas vezes, incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal” (BERCOVICI, 2004, p. 166-167).

Há mecanismos, também, de controle e correção de rumos, para quando uma das instituições republicanas – no caso, um dos três poderes – ultrapassar seus limites institucionais. Assim, o judiciário pode dispor sobre medidas do governo ou leis que violem a constituição. De igual modo, o legislativo pode entender mudar uma determinada política ou normativo, após sua

[13] “A ordem [estabelecida pela Constituição] é essa: Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso é uma ordem tão lógica como cronológica. Assim como não se pode impedir a imprensa de falar primeiro sobre as coisas, não se pode impedir o Judiciário de falar por último.” Segundo Ayres Britto, a Constituição é muito clara ao dizer que, no relacionamento entre os Poderes, tudo começa no Legislativo, passa pelo Executivo e termina no Judiciário. (BRITTO, Carlos Ayres. VALOR ECONÔMICO. São Paulo: Organizações Globo, [07/12/2016]. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/4798603/ayres-britto-ninguem-pode-impedir-o-judiciario-de-falar-por-ultimo>. *Acesso em:* 30 de junho de 2017.).

apreciação pelo judiciário, formatando uma nova legislação ou, até mesmo, uma emenda constitucional, sem que isso seja considerado invasão de poderes. Dentro da constituição cabem todos os poderes. Dentro dos poderes, só cabe o que está na constituição. José Afonso da Silva explica que a divisão dos poderes encontra fundamento em dois elementos: a especialização funcional, a significar o exercício especializado de uma função; e a independência orgânica, considerando que cada órgão seja efetivamente independente dos outros (SILVA, 2007, p. 109).

Pedro Vieira Abramovay e Adriana Lacombe Coiro (2012, p. 183) corroboram essa conclusão ao afirmarem que "a separação de poderes, em sua concepção moderna, a partir do conceito de freios e contrapesos, não implica separação absoluta entre as funções legislativa, executiva e judiciária, mas sim um diálogo a ser promovido entre os Poderes".

Dentro deste aspecto declinado, torna-se salutar transcrever os dizeres de Canotilho (2003, p. 250): "o que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima".

A noção de que os poderes não são estanques e nem se limitam por conceitos dogmáticos, mas sim na função constitucional a ser desempenhada, faz com que as funções de Estados sejam desempenhadas pelos poderes na medida dos limites constitucionais, mas também na busca do interesse democrático e na concretização dos anseios sociais e políticos. O judiciário, enquanto poder, não pode se refugiar na tese da imunidade política, devendo agir nos limites de sua função na atividade construtora de um Estado Social e Democrático de Direito. Com essa ação ativa, da qual se tratará no tópico seguinte, sobre o ativismo judicial, a face política do judiciário aparece, propiciando seu fortalecimento diante dos poderes políticos, deixando transparecer um conflito aparente no nível da interferência de um poder sobre outro. Se antes do Estado de Direito Constitucional acentuava-se a supremacia do parlamento, hodiernamente, com a Constituição sendo considerada como documento político e também norma jurídica, ergue-se a denominada supremacia judicial.

Maria Paula Dallari Bucci (2013, p.34) acentua que os modos de exercício do poder passam por um processo de transformação em nome da proteção aos direitos e aos valores democráticos, o que passou a exigir uma ação integrativa das dimensões política e jurídica no seio das instituições públicas, "(...) combinando as esferas da Administração Pública e do governo; a política imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regrada pelo direito".

2.3. Judicialização como fenômeno e Ativismo como atitude

Judicialização é o deslocamento de decisões de "questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral" para o Poder Judiciário (BARROSO, 2010, p. 6). Não se trata apenas de questões políticas, mas também de outras matérias atinentes à vida social, deslocadas da seara das decisões políticas para o âmbito das decisões judiciais. A política, historicamente, nunca foi bem aceita nos tribunais, que se arvoravam da neutralidade. Como assinalado por Barroso, "desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária" (BARROSO, 2009, p. 02), forçando assim a ida das questões políticas para resolução, também pelos tribunais. Essa normatização da política, concentrada nos textos constitucionais, catapulta o fenômeno da judicialização, consistente na busca pela garantia de direitos fundamentais, também no âmbito judicial e não somente político. Judicialização, portanto, "significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais" (BARROSO, 2009, p. 03).

Por muitos anos, mesmo após a promulgação da constituição cidadã de 1988, os juízes e tribunais foram tímidos em se tratando de aplicação direta do texto constitucional, sob a alegação de se tratar de matéria política, numa autocontenção de seu poder político-institucional. Mesmo demandados, havia uma autocontenção característica, deixando para os poderes políticos as decisões da política, mesmo diante de direitos fundamentais pretendidos na demanda. Havia judicialização, como um fato, um fenômeno; no entanto, o judiciário ainda não tinha incorporado o modo ativista de atender essas demandas. O ativismo surgiu depois da judicialização e se apresenta como um modo de agir positivo e não contido nos julgamentos judiciais. "Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade" (BARROSO, 2009, p. 01).

A análise da maior amplitude de poderes do judiciário se depreende da análise do próprio contexto social, institucional e político vivenciado pela sociedade. O efeito da judicialização advém da causa concreta de demandas por direitos e, especialmente, por direitos sociais, econômicos e culturais, expressamente admitidos em matéria constitucional. Não se trata, assim,

da vontade do judiciário de querer ter mais poder político, de querer ser mais buscado; trata-se de um fato social, político e institucional.

Muitas matérias de natureza política foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, apontando o avanço da jurisdição sobre a política. As questões políticas chegaram ao Supremo – judicialização – e a decisão do judiciário, por meio de sua Corte Constitucional, assentou a conduta ativista nos seguintes casos de maior repercussão social: Direito de união homoafetiva; Lei da Ficha limpa (STF-RE nº 633703); marcha da Maconha; Raposa Serra do Sol; racismo e antissemitismo (STF-HC 82.824, de 2004); constitucionalidade das pesquisas científicas em células embrionárias humanas (STF-ADC 12 DJ 20.08.2008); prisão de depositário infiel; Lei de Anistia; proibição de nepotismo na administração pública (STF-ADC 12, de 2008); Cesare Battisti; direito de greve no setor público e aposentadoria especial aos servidores públicos (MI 721, MI 670, MI 708 e MI 712); fidelidade partidária (STF-MS 26.602, de 2008); direito de a minoria requerer a instauração de comissões parlamentares de inquéritos (STF- MS 24.831, de 2006), entre outros.

Judicialização é um fenômeno, um fato e não uma ação pretendida pelo judiciário. Constitui "um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário" (BARROSO, 2010, p. 9). Evidencia-se que as questões sociais e políticas de um país se voltam para ser discutidas e debatidas no fórum judicial, dando ênfase à supremacia judicial. As condições e causas determinantes para o aumento da judicialização serão discutidas e analisadas no capítulo seguinte. Nesse tópico, é importante proceder a devida distinção entre a judicialização e o ativismo judicial. Luís Roberto Barroso (2010, p. 9) destaca que a judicialização é fato inelutável, enquanto o ativismo é modo de exercício da competência judicial. O ativismo, como forma de agir do judiciário, refere-se a uma postura de maior aplicação das normas constitucionais por parte do Poder Judiciário. Trata-se de uma opção política na qual o judiciário usa seu poder de forma a rever decisões dos poderes políticos, e promove políticas públicas.

O pioneirismo no emprego da expressão judicialização da política (*judicialization of politics*), aparece nos estudos C, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, constante no livro *The Global Expansion of Judicial Power* (1995), portanto, há vinte e três anos; no qual o processo de expansão do Poder Judiciário, identificado como judicialização da política é definido como:

> 1. O processo pelo qual os tribunais e juízes vêm a fazer ou cada vez mais a dominar a construção de políticas públicas que haviam sido feitas anteriormente (ou, acredita-se, devem ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente os legislativos e executivos, e 2. o processo pelo qual negociações extrajudiciais e fóruns de decisão passam a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas). (TATE, 1995, p. 28)[14]

O termo judicialização é mais consensual, especialmente, pela definição de Tate e Vallinder (1995, p. 13), usada pela maioria dos autores, segundo a qual a judicialização "envolve a infusão das cortes na arena política e a adoção de procedimentos judiciais, ou processo de *decision-making* legal em arenas não judiciais", enquanto o termo ativismo é muito indefinido e retratado de formas variadas e, muitas vezes, de forma subjetivista, da atuação individual do juiz ou mesmo de um tribunal. A expressão ativismo judicial foi empregada, inicialmente, "como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais." (BARROSO, 2010, p. 9).

Neste sentido, faz-se a devida distinção entre a conduta (ato) do juiz na apreciação das demandas que envolvem questões políticas, antes com autocontenção, hodiernamente com atitude ativa:

> O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 07).

Barroso relaciona, ainda, as condutas judiciais que podem ser caracterizadas como posturas ativistas, das quais se destacam:

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a

---

[14] *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 non-judicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.*

> imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 06).

Judiciário ativista é aquele que "a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade" (POGREBINSCHI, 2000, p. 122). Garapon, por sua vez, traz um conceito de ativismo judicial que se traduz na essência da perspectiva do judiciário em participar do jogo democrático, avançando com as conquistas sociais, quando afirma que o "ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la" (GARAPON, 2009, p. 56).

O Poder Judiciário se apresenta assim, num contexto factual de busca por direitos fundamentais, fora de seu espaço original; ou seja, os poderes políticos, e encontra espaço para atuação ativa em termos de avanços e conquistas sociais e políticas. Ao ser procurado, no contexto expansivo de sua atuação, o judiciário responde com atitude, numa escolha política de ser proativo e interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido, garantido suas promessas no campo jurídico e se legitimando politicamente.

Barroso (2010, p. 10-11) aponta vários julgados do Supremo Tribunal Federal que se conformam no conceito de ativismo judicial aqui proposto:

> No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

Vanice Lírio do Valle, em sua obra "Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal", procura trazer luz sobre a origem do ativismo e sua definição:

> A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de

> cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos. (VALLE, 2009, p. 21).

Há fortes resistências ao ativismo judicial. Em sentido contrário ao entendimento formulado por Barroso, Lenio Streck se posiciona contra a possibilidade da função judiciária, ao apontar que o ativismo ocorre quando o Judiciário atua fora do âmbito de suas competências constitucionais, usurpando a função legislativa de outro poder:

> (...) Com essa postura ativista do judiciário, não apenas argumentos de política passaram a predar os argumentos jurídicos, mas também o judiciário passou a exercer este papel predatório do espaço político (e da moral), na medida em que, ao desrespeitar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, acabou trazendo imenso prejuízo para a democracia (STRECK, 2013).

No dizer de Víctor Abramovich (2005, p. 204), “circunstâncias históricas levaram a um maior ativismo judicial em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina” e uma determinante para esse fenômeno encontra-se na

> existência de fatores políticos que outorgaram ao Poder Judiciário uma especial legitimação para ocupar novos espaços de decisão, anteriormente restritos aos demais poderes do Estado. As debilidades das instituições democráticas de representação, bem como a deterioração dos espaços tradicionais de mediação social e política, contribuíram para transferir à esfera judicial conflitos coletivos que eram dirimidos em outros âmbitos ou espaços públicos ou sociais, reeditando em especial o tema dos direitos sociais – a velha polêmica sobre as margens de atuação das instâncias judiciais em relação às instâncias administrativas.

Daniel Sarmento (2007, p. 144), por sua vez, critica o “decisionismo” judicial nos seguintes termos, que merecem transcrição:

> E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça – passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com

> antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p. 144).

Delimitando os conceitos de judicialização como um fenômeno (fato), e de ativismo como conduta (ato), encaminha-se para a discussão de suas condições conjunturais e fatores justificadores da política judicializada.

2.4. Legitimação para as políticas públicas

A Democracia, como sistema político, não nasce pronta. Vai, ao longo do tempo, aperfeiçoando-se e adquirindo novos formatos. É um construto, em constante processo de aperfeiçoamento. Uma construção que tem seus avanços e retrocessos. Em todos os lugares, há redimensionamento do sistema democrático e de suas instituições para se adequar às novas realidades sociais, culturais e econômicas.

De igual modo, as instituições republicanas, responsáveis pelo sistema democrático, devem se amoldar às novas exigências sociais, culturais e econômicas, advindas da própria democracia, enquanto sistema pulsante. As novas vertentes da atuação democrática determinam a participação singular e coletiva das instituições, no sentido do aprimoramento constante desse sistema, sempre delimitadas pelos contornos constitucionais. Assim, é possível encontrar alargamentos de funções e competências, sem redução de texto constitucional, a depender do contexto político-institucional; bem como redução de espaços ou de fórum de discussão, sem alteração expressa do texto constitucional. O momento histórico-político determina a capacidade e o protagonismo das instituições no Estado Democrático de Direito, centrado na constituição e, especialmente, nos seus ditames fundamentais.

As condições determinantes para a implantação do fenômeno da judicialização, assim como as causas motivadoras da ida das demandas sociais para o judiciário, trazem uma legitimação democrática para o judiciário, antes discutível por não ser um poder estatal eleito. Vários fatores atestam essa aceitação da participação do judiciário no campo político e democrático; dentre eles, destaca-se a legitimação material, advinda da própria Constituição, que coloca o judiciário como um dos poderes da República, exigindo dele uma parcela de contribuição na concretização dos direitos e princípios estabelecidos na norma fundamental. Ao longo do tempo, passo a passo, especialmente após a aplicação material da Constituição, o judiciário foi se fortalecendo em termos de legitimação e a cada nova decisão envolvendo políticas públicas, cada vez mais, outros

atores democráticos buscando seu campo de atuação, com a finalidade de garantir direitos econômicos, sociais e culturais, numa verdadeira legitimação histórica. Outro fator relevante da legitimação do judiciário é seu papel contramajoritário, revelando que uma democracia não só se estabelece com a vontade da maioria, mas, também, com um órgão estatal responsável por garantir princípios fundamentais e direitos constitucionalizados, mesmo diante da imposição de veto procedimental da maioria legitimada nas urnas.

À Justiça, portanto, foi dada a atribuição de ser vigilante de asseguração de direitos, princípios e anseios sociais, fortalecendo esse mister com vários canais de interlocução a essa mesma justiça, possibilitando amplo acesso, instrumentos processuais adequados e alargando o campo de legitimidades para a discussão, especialmente, de questões políticas e direitos sociais coletivos.

O Poder Judiciário atravessa a ponte para se firmar como legítimo poder político, ladeado pelos já estabelecidos Poder Executivo e Poder Legislativo, em matéria de políticas públicas e discussões acerca de assuntos políticos, sociais e econômicos. “A justiça, aliás, tem fornecido à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc.” (GARAPON, 1999, p. 45). Vê-se que a legitimação supletiva do judiciário passa pela sua capacidade de ser transparente, do dever de obediência ao devido processo legal e judicial, mantendo uma prática democrática na aplicação da lei, na apreciação das demandas e garantindo princípios como contraditório, publicidade de seus atos públicos, gerando legitimidade a essa instância de poder. Sendo plural e acessível ao povo e às instituições democráticas, revelando-se fórum democrático. “Talvez porque, sendo instância neutra e imparcial, a transparência e a regularidade processual parecem então mais legítimas que o exercício solitário de uma vontade política” (GARAPON, 1999, p. 45).

A judicialização, como fato cotidiano, e mesmo o ativismo judicial, não podem ser considerados como castradores do processo democrático. Ao contrário, compreende-se que abrem mais um canal de discussão, um fórum para as demandas públicas, inclusive políticas, sem arrematar a democracia, mas, de outra forma, complementando-a. O judiciário se aproxima do povo, da sociedade, da sua legitimação suplementar, no sentido de ser reconhecido como poder legitimado pela participação popular, pelo enfrentamento de demandas coletivas, pela discussão e, até, implementação de políticas públicas. Como assevera Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao analisar o instrumento do Estado de Coisas Inconstitucionais, “em vez de substituir o

debate popular, o ativismo judicial estrutural servirá a ampliar os canais de mobilização social (...), em vez de supremacia judicial, as cortes fomentam o diálogo entre as instituições e a sociedade, promovendo ganhos de efetividade prática e democráticos das decisões." (CAMPOS, 2015).

2.4.1. Legitimação material

A representação do povo na pessoa do juiz traduz legitimidade. Essa representação só é legítima quando se pode confirmar a presença de alguns pressupostos, tais como: investidura constitucional, isto é, nos moldes do texto constitucional; equidistância de interesses político-partidários, imparcialidade, transparência de seus atos, que devem ser públicos e publicizados; e que o processo decisório siga um procedimento legal e judicial, com respeito a princípios, para que, por fim, a decisão seja aceita e reconhecida como legitima, diante de uma fundamentação forte e assentada nas normas republicanas. "A posição de um terceiro imparcial compensa o '*déficit* democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos." (GARAPON, 1999, p. 48).

Assim, entende-se que, para um Judiciário democrático, deve haver eficiência que seja funcional para o sistema democrático. A legitimação se justifica muito mais em termos de participação e atuação (funcionalidade), na concretização do pretendido Estado Social e Democrático, com atuação na concretude das políticas públicas necessárias para esse intento, do que pela elegibilidade (investidura). Não se pode esquecer, ainda, que a investidura de todos os membros do judiciário se dá, rigorosamente, em conformidade com a construção formulada pelo constituinte originário, garantindo, assim, uma forma legitimadora secundária. "Só que agora os juízes passariam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição" (VIEIRA, 2007, p. 444).

Na concepção de Zaffaroni,

> Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática. Pareceria que o reconhecimento da função política do judiciário fosse incompatível com a nomeação por concurso público, por exemplo, e que seria paradoxal que aquele que possa julgar em nome do povo, quando não é eleito pelo povo (ZAFFARONI, 1995, p. 43).

A própria Constituição cria as vertentes legitimadoras dos poderes da República, destinando a legitimação pelo processo democrático, através do voto, para os poderes políticos, e reservando a legitimação pelo critério técnico-científico ao poder judicial. Esse sistema legitimador se espelha na própria essência da democracia – governo da maioria – com preservação dos direitos e garantias fundamentais das minorias. Essa preservação das garantias das minorias é mantida pelo poder judicial, legitimado pela constituição por meio de instrumento diferente da legitimação dos poderes políticos, justamente para afastá-lo do controle da maioria e, assim, legitimado a ser, quando necessário, contramajoritário.

É inegável a atuação do judiciário no campo das políticas públicas. Não se pode pretender negar legitimação a juízes e tribunais no controle da legalidade de políticas públicas. Mais que isso, além do controle legal e normativo, o judiciário é chamado a coparticipar da confecção e implementação de políticas púbicas que garantam os direitos econômicos, sociais e culturais; que garantam o desenvolvimento nacional, regional e local. "O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais, era e continua sendo conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes da 'seletividade inclusiva'" (CAMPILONGO, 1994, p. 124).

A democracia exige, para sua plena efetividade e reconhecimento como sistema da vontade popular, a existência de instituições fortes e capazes de efetivar os direitos e garantias constantes da Constituição e dos Tratados Internacionais. Tanto a Política, como o Direito, são responsáveis pelo cumprimento desse pacto político-jurídico. "O papel da política segue paralelo ao do direito. Trata-se de conter a força autoritária de pequenos grupos e dividir o exercício do poder com o conjunto da sociedade" (BUCCI, 2013, p. 30).

Como bem apontado por Maria Paula Bucci, o exercício do poder passa por um processo de transformação, especialmente pela percepção de que a Democracia não é simplesmente o governo da maioria, cabendo-lhe, em nova roupagem, da proteção aos direitos e dos próprios valores democráticos, o que passou a exigir uma ação integrativa das dimensões política e jurídica no seio das instituições públicas; "(...) combinando as esferas da Administração Pública e do governo; a política imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regrada pelo direito" (BUCCI, 2013, p. 34). Essa nova roupagem do Poder Judiciário e a necessidade de adaptação frente a esse novo contexto, são explicadas por Cármen Lúcia Antunes Rocha, acentuando a legitimação democrática advinda da Constituição.

> Acompanhando a tendência constitucional contemporânea que releva o princípio da jurisdição como aquele de cuja eficiência em sua aplicação dependem todos os direitos reconhecidos e assegurados nos sistemas jurídicos, o Poder Judiciário não é mais visto ou tratado, como o foi outrora, como a "*longa manus*" do rei. Cuida-se, agora, de um poder, manifestação e exercício do Poder estatal, soberano e juridicamente concebido, organizado e exercido tal como definido no sistema de Direito posto à observância de todos (ROCHA, 1999, p. 13).

Tendo em vista a inexistência de forma prevista, ou de sua originalidade institucional, é possível, portanto, que as políticas públicas possam ser exteriorizadas – com formação, implementação e posterior avaliação – por meio de uma decisão judicial ou de ato normativo regulamentar de um dos diversos órgãos componentes do Judiciário. O Poder Judiciário brasileiro é composto por noventa e três tribunais, distribuídos na Federação, com variadas competências político-jurídicas.[15]

> Desde a Constituição de 1988, o Poder Judiciário vem ocupando um espaço cada vez maior na vida política brasileira, seja no processo de formulação e implementação de políticas públicas, seja na delimitação das atribuições dos demais poderes do Estado. Tem crescido também a centralidade do papel que este poder desempenha na definição e implementação das regras da competição político eleitoral. O Ministro Ricardo Lewandowski, atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral, costuma dizer que o século XIX foi o século do Parlamento, o século XX o do Executivo e o século XXI será o século do Judiciário. (FALCÃO e OLIVEIRA, 2012, p. 341).

O papel do poder judiciário, especialmente das cortes constitucionais ou das supremas cortes, é de garantir o equilíbrio entre a vontade da maioria vencedora, representada periodicamente por eleições, e a determinação fundamental inscrita na Carta Constitucional, também advinda da vontade da maioria construtora. Trata-se, portanto, de um suplemento da vontade geral representada no Poder Político, capaz de ser, quando necessário, contramajoritário aos interesses periódicos, para garantir os interesses fundamentais e perenes da nação.

> Do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal — bem como por supremas cortes ou tribunais constitucionais mundo afora — envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. A atuação contramajoritária é um dos temas mais analisados na teoria constitucional, que há muitas décadas discute a legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional. Já a função representativa tem sido largamente ignorada pela doutrina e pelos formadores de opinião em geral. Nada obstante isso, em algumas partes do mundo, e destacadamente no Brasil, este segundo papel se tornou não apenas mais visível como, circunstancialmente, mais importante. (BARROSO, 2015, p. 36).

---

[15] ADIN 3367 – são 27 TJs, 5 TRFs, 24 TRTs, 5 Superiores (incluindo o STF), 27 TREs, 5 Tribunais de Justiça Militar (SP, MG, RS, PE, PR).

A legitimidade do Poder Judiciário para fins de controle de políticas públicas advém da própria constituição. No entanto, é de se analisar se, além dessa legitimação política, haveria um grau de representatividade democrática considerável que possibilite sua interferência, muitas vezes suplantando escolhas feitas pelos representantes eleitos pelo povo. Os tribunais superiores não atingem mais de 33 representantes por corte e nos tribunais estaduais e regionais há regra explícita e aplicada de criação de Órgão Especial[16] para julgamento de matérias constitucionais.

Citando Jeremy Waldron, Juliano Zaiden Benvindo (2014, p. 79) alerta para a necessidade de apontar que a legitimidade que acorre ao judiciário hoje, antes pertencia ao legislativo; e que a representação política em um sistema democrático recai no parlamento, sendo discutível quando se transporta para o judiciário.

> Aqui se apresenta toda uma necessidade de desmistificar o Judiciário e resgatar uma legitimidade perdida do parlamento. Waldron, por exemplo, chega a afirmar que os filósofos do direito "estão intoxicados pelas cortes e cegados para tudo o mais em função dos prazeres da jurisdição constitucional" (WALDRON, 1999, p. 9, tradução nossa) e, por isso, defende que as "cortes são também um fórum para tomar decisões sociais em um contexto de desacordo, mas, embora tenham muitas vantagens, não são necessariamente as mais representativas ou as mais respeitadoras das vozes divergentes na comunidade" (WALDRON, 1999, p. 16, *tradução nossa*).

O Poder Judiciário é legítimo poder de Estado, inclusive com funções políticas. Tal afirmação não se trata de nenhuma volição tendente a tornar esse poder, antes pretendido como apenas técnico, em político. Na realidade, essa é a expressão literal da Constituição da República.[17] O que não se apresenta expresso na Constituição da República é a possibilidade de uma representação do povo pelo judiciário. E, ao contrário, o sistema eleitoral determina que o Parlamento seja composto pela proporcionalidade da população. No tocante ao Judiciário, a forma de ingresso se dá por meio de concurso público ou indicação política.

Benvindo (2014, p. 73) *apud* Madison e Hamilton (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003), aponta um farol histórico dessa disputa entre legislativo e judiciário e a preocupação dos Federalistas na confecção da constituição americana. Para Madison, "[...] a autoridade legislativa, necessariamente, predomina" (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 137, tradução nossa), e

---

[16] CF/88, art. 93, XI: nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[17] CF/88: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

para Hamilton, [...] “o judiciário, devido à natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso em relação aos direitos políticos da constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 198, tradução nossa).

Vale registro e transcrição, a citação feita por BENVINDO (2014, p. 73-74), do estudo realizado pelo cientista político americano, Louis Fisher, especialmente acerca do chamado diálogo institucional e do jogo de poder:

> [...] isso se deve não a uma ingenuidade de crença de que cada um dos Poderes tem atribuições claramente definidas – como se o Judiciário meramente aplicasse o Direito, o Legislativo criasse o Direito e o Executivo executasse o Direito e as políticas públicas – e, portanto, facilmente dialogáveis entre si. O diálogo constitucional, assim como ele o denomina, está, na verdade, na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes Poderes e, sobretudo, pelo reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas diversidades nesse aspecto (FISHER, 1988). Assim, por exemplo, é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional. Do mesmo modo, a partir de exemplos vários, fica nítido o quanto as influências do ambiente social, dos *lobbys*, dos demais Poderes transformam a própria compreensão do que normalmente se associa à atividade judicante, que avança cada vez mais para um propósito de criação do Direito em abstrato e também de estabelecimento de políticas públicas, em decisões que o aproximam das funções típicas dos demais Poderes.”

2.4.2. Legitimação histórica

É preciso que se destaque os papeis dos poderes diante da nova ordem constitucional, não tão nova assim, e que ainda não se apresenta plenamente concretizada. A constituição não se resume ao livro promulgado, com seus variados capítulos e artigos, isto é, não é um conceito acabado; antes, um processo político institucional de criação do Estado Democrático de Direito, com seus fins e objetivos. “A construção do estado democrático de direito não acabou com a criação da nova Constituição de 1988; ao contrário, aí começou” (FALCÃO, 2015, p. 13).

O processo histórico de avanço do judiciário, em termos de políticas públicas, vai exigindo novo enquadramento institucional. Em termos de natureza jurídica, o judiciário vem ganhando estatura de poder, mas ainda há discussões doutrinárias acerca de sua real função, como órgão ou como poder. A Constituição de 1988 garantiu sua posição na estrutura institucional como poder, no entanto, em período histórico anterior ao texto constitucional, é preciso admitir que o judiciário funcionava como órgão de governo, e não como poder estatal. A simples escrituração no texto constituinte de que é, de fato e de direito, poder, não lhe retira instantaneamente de uma

condição contida para uma ação proativa. “Estamos na fase de construção das instituições [*institutional building*]. Não se constroem instituições e democracias instantaneamente” (FALCÃO, 2015, p. 113). A exigência do destaque não pode ser no sentido de excluir, mas de incluir similaridades e funções políticas no Poder Judiciário e, por outro lado, introduzir maior exigência jurídica – procedimental – nos poderes políticos – Executivo e Legislativo. A medida se impõe quando se busca a solução para a crise institucional e de disfuncionalidade, especialmente no que se refere às abordagens estanques de áreas como política, direito e economia.

Outro aspecto a ser enfrentado e revisado é de que o poder pertence ao soberano, que, no caso de uma República, é o povo; todo poder emana do povo (...)[18]. Nesse sentido, o juiz, quando julga, não o julga em causa própria ou em nome do Poder Judiciário em si, mas o faz em nome e em favor do povo, o soberano. A discussão acerca da assunção do juiz ao cargo, sem voto, é relevante, mas perde força quando seu anteparo de poder advém da própria constituição, ou seja, do próprio constituinte. As decisões judiciais, sejam elas das mais singelas até as mais importantes, são impactantes para a vida social, econômica e política de uma sociedade.

> Numa democracia, o poder constituinte originário não reside no Congresso e sim no povo. O poder originário de gestão da coisa pública não reside no presidente da República, mas no povo. Assim também o poder originário de julgar é do povo, o juiz o exerce em seu nome. Mandante é o povo. Juiz é mandatário. Quando os papéis se invertem, a democracia sofre (FALCÃO, 2015, p. 79).

O papel do Judiciário mudou a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. O Judiciário tinha uma conformação de Poder no antigo regime, sem, no entanto, exercer efetivamente seu poder político. Muito disto, devido à hipertrofia do Poder Executivo, exercício através do Estado de Exceção que representou o período do regime militar no Brasil.

Mesmo após a chegada da nova ordem constitucional, o que se observa é uma resistência institucional a assimilar o efetivo papel outorgado pela recente assembleia constituinte ao Poder Judiciário, com poder político e com equivalência de protagonismo nos moldes dos outros poderes da República. “Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição” (BARROSO, 2015, p. 27). No

[18] Constituição Federal. Art. 1º (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

mesmo artigo e em nota de rodapé, o Ministro Barroso explicita o que entende ser o motivo determinante dessa inadequação ao novo sistema, que merece transcrição:

> De fato, no início da vigência da Constituição de 1988, o STF, cujos integrantes deviam o seu título de investidura ao regime militar, empenhou-se em uma interpretação retrospectiva da nova ordem constitucional, fazendo-a ficar tão parecida quanto possível com a anterior. Nessa linha, tornou a figura da medida provisória quase idêntica ao velho decreto-lei; frustrou as potencialidades do mandado de injunção, que só foi ressuscitado na segunda metade dos anos 2000; e criou um conjunto de restrições ao direito de propositura de ações diretas pelas entidades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais (BARROSO, 2015, p. 27).

Já no ano de 1993, cinco anos após a promulgação da Constituição, Joaquim Falcão reconhecia, em artigo publicado na Folha de São Paulo, essa mudança de postura do órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo: "Engana-se quem quer ou os que não perceberam o tempo. O Supremo mudou. Até então, respeitando a área de elaboração e mudança da Constituição como competência do Congresso, calava-se. Agora, não mais. O Supremo fala, discorda e faz prevalecer" (FALCÃO, 2015, p. 153). Como se apresenta, a mudança de postura da Corte Suprema não se deu por modificação legislativa, mas de postura legitimadora e de ação proativa de suas decisões. Além disso, a legitimação carece de aceitação popular das decisões advindas do judiciário.

> Uma corte poderosa não é aquela que recebeu amplos poderes da constituição, mas aquela que se faz obedecer. Sua imagem precisa estar acima de qualquer suspeita. A ciência política que estuda cortes constitucionais pelo mundo sabe que os atributos da legitimidade e da independência não são gratuitos nem estáveis. Flutuam conforme as circunstâncias, o comportamento judicial e as reações às decisões tomadas. Por isso mesmo, a legitimidade depende de contínua administração e do bom desempenho do tribunal. (MENDES, 2017).

O surgimento do constitucionalismo e da força normativa da constituição, não mais como mera expectativa de uma promessa política, mas como direito subjetivo da população normatizado e que pode ser exigido, é considerado ponto importante para a mudança de atuação da jurisdição. Deixa de ser somente a aplicadora do direito, e passa a realizar, também, ações políticas ao aplicar e interpretar a constituição como garantidora de direitos, especialmente os direitos sociais. A Carta Política de 1988 já apontava para essa natureza política do Poder Judiciário. "No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político" (BARROSO, 2015, p. 27).

O processo de democratização histórico e contínuo trouxe modificações significativas na plataforma de atuação do Poder Judiciário, exigindo muito além da mera atuação protocolar de resolução e conflitos.

> Este modo de visualizar o papel do Judiciário parte da constatação de que a instância jurisdicional entra em crise, quando fica presa às suas antigas e limitadas funções dogmáticas de resolução dos conflitos individuais e patrimoniais. O Judiciário vem sendo chamado a assumir atividades como instância de decisões de conflito político-sociais de massa, espaço central de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais (CAMPILONGO, 1989, p. 118-119).

Em termos mesmo de cobrança, Joaquim Falcão chega a apontar a omissão histórica do poder Judiciário, no sentido de assumir comportamento mais proativo no campo político e de conquistas sociais. "Na cultura jurídica positivista e dogmática, predominante nas instituições políticas brasileiras, o Poder Judiciário, historicamente, não tem sido a instância marcada por uma postura criativa e avançada em relação aos problemas de ordem política e social" (FALCÃO, 1989, p. 149-150).

2.4.3. Legitimação contramajoritária

É preciso registrar que esse protagonismo do Judiciário sobre as questões políticas nacionais já vem sendo combatido de muito antes. A Constituição de 1934 estabelecia expressamente, em seu art. 68, que era "vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas", revelando que não é de hoje que há relutância na aceitação da participação dos juízes e tribunais na temática de políticas públicas no Brasil. Surge, entretanto, uma grande discussão em termos democráticos, que é da legitimação dos atos dos juízes, não eleitos, não escolhidos diretamente pelo povo. Como muito bem pontuado por Luís Roberto Barroso, "a maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias" (BARROSO, 2015, p. 36).

> O Supremo Tribunal Federal, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional — composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro — e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. (BARROSO, 2015, p. 36).

Por mais que resistisse, com o passar do tempo e sua constante renovação, o Judiciário como um todo e não somente o Supremo Tribunal Federal, deixou de ser apenas figurante e passou a ser chamado como ator protagonista do Estado brasileiro, assumindo seu papel institucional, com força e legitimação para tratar de temas econômicos, sociais e, também, políticos. O recorte constitucional previsto no artigo 2.º da Constituição Federal de 1988, em que se aponta que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" conclama a essa nova postura, ao protagonismo tríduo das ações do Estado, na responsabilização pela concretude dos direitos e princípios determinantes proclamados pelo texto constitucional. "Nossa Democracia há muito pede um Supremo mais ativo, pede mais corte constitucional e menos corte processual" (FALCÃO, 2015, p. 154).

Além de efetivar o Judiciário como Poder, a Constituição de 1988 formatou um catálogo de direitos fundamentais e sociais, num processo de redemocratização do país após anos de ditadura militar. As demandas judiciais deixaram de ser somente por motivos de direitos patrimoniais, civis ou de natureza criminal. As demandas sociais passaram a ser objeto de julgamento pelo próprio Judiciário. Em vista da complexidade das novas demandas sociais, às quais o Judiciário passou a ter que responder após a Constituição Federal de 1988, seus integrantes passaram a ter necessidade de uma postura mais cidadã, exigindo uma formação mais humana e sociológica, que vai além da técnica do juridicismo.

O Judiciário, até pouco tempo atrás considerado um Poder invisível[19], passou a ser no Brasil, inclusive, apontado como um superpoder. A falta de visibilidade do Judiciário já era destacada por Aliomar Baleeiro, quando, em 1968, lança sua obra "*O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*". Segundo Vieira (2007, p. 441), o título desta obra clássica de nosso direito constitucional não poderia estar em maior descompasso com a proeminência do Supremo Tribunal Federal no cenário atual.

É inegável a ascendência política dos órgãos de justiça, especialmente a figura do Supremo Tribunal que, diante dos vários casos de judicialização que foram decididos de forma ativista, mudando o panorama político nacional, "subiu uma nota na escala de poder de nosso sistema político" (VIEIRA, 2007, p. 450). É preciso, portanto, desmistificar o discurso de um judiciário essencialmente técnico e apolítico. Temos na lição de Uadi Lammêgo Bulos que

[19] "Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, riem a certa profissão, toma-se, por assim dizer, invisível e nulo." (MONTESQUIEU, 2002, p.76).

> [...] a experiência demonstra que as questões políticas e as questões jurídicas consignam aspectos integrantes de uma mesma realidade, não havendo como considerá-las totalmente distintas e equidistantes. Ao invés, constituem duas dimensões incindíveis dos problemas constitucionais. Qualquer pretensão no sentido de segregá-las é cair na unilateralidade, prestigiando-se, tão somente, um dos lados, quando, em verdade, urge qualificá-las em conjunto, pois um Tribunal Constitucional ora desempenha funções político-jurisdicionais, ora exerce funções jurisdicionais-políticas (1997, p. 107-108).

Há o argumento da "razão sem voto" para justificar a falta de legitimidade do Poder Judiciário em termos de análise de Políticas Públicas, uma vez que não é votado, seu membros são escolhidos por concurso público, ou, no caso dos tribunais, por carreira na Magistratura ou, ainda, por indicações políticas. "A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia, como o seu pouco uso" (GARAPON, 1999, p. 53).

O juiz não representa os interesses públicos secundários, consubstanciados em interesses do povo, quando elege um representante na democracia representativa. O juiz representa os interesses públicos primários, constantes da vontade constituinte originária. O juiz está adstrito a uma vontade política que advém do povo, representada pela própria constituição e seus direitos e garantias fundamentais. Em defesa dessas garantias, o juiz é autorizado até mesmo a ser contramajoritário em determinado momento histórico, protegendo a vontade geral e histórica, constante na constrição, contra a vontade momentânea de um povo, representada por uma escolha, uma eleição, um referendo popular.

Não podemos olvidar que a natureza legitimante dos governantes já adveio de poderes divinos, de sucessão hereditária e da própria força. Com o tempo e a construção do progresso civilizatório, chegamos ao sistema democrático, no qual o poder se funda na ideia de escolha popular, de vontade da maioria. O judiciário demorou adentrar na seara democrática e nas discussões de grandes temas políticos, reservando-se por muitos anos a se autoconter e manter-se equidistante das decisões políticas voltadas para a concretude dos direitos fundamentais. No entanto, é preciso reconhecer que, hodiernamente, adentra nesse espaço e, por ventura, a afirmação de Antoine Garapon de que a "justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia" (1999, p.74), pode não ser de toda espetacular e improvável. Os tempos atuais e a atuação proativa dos juízes têm mostrado essa assertiva. Não por vontade única e pretensiosa do próprio judiciário, antes, "a justiça se vê intimada a tomar decisões em uma democracia preocupada e desencantada" (GARAPON, 1999, p. 139).

Para que a maioria não possa esmagar as minorias e também para a garantia dos direitos fundamentais, é estabelecido o Poder Judiciário, que serve de árbitro nas questões jurídicas e também políticas, um verdadeiro garantidor do outro aspecto da Democracia, isto é, os direitos das minorias e da preservação da concretude dos direitos fundamentais. A entrada do judiciário no campo democrático e das decisões que redundem em garantia de direitos sociais, culturais e econômicos é bem-vinda, entretanto, faz-se necessário realinhá-lo no campo de atuação com os outros poderes e definir as funções e atribuições de cada um, sem hipertrofias ou deslegitimação. É preciso lembrar o efeito colateral do excesso de poder, que gera desvios em qualquer instância política ou jurídica. "Essa demanda de justiça é paradoxal; sob o pretexto de se proteger contra uma intervenção ilegítima, a sociedade se entrega ao controle ao juiz" (GARAPON, 1999, p. 140).

Em última instância argumentativa, é preciso que se diga que a justiça serve como opção de salvaguarda da democracia, diante da dificuldade de legitimação dos poderes políticos frente aos grandes temas nacionais. "A justiça passa a ser o instrumento de emancipação e o último recurso contra a implosão da democracia" (GARAPON, 1999, p. 173). O argumento é perigoso, se tornado a única alternativa, devendo ser entendido como mais uma opção, integrativa e não exclusiva. Acerca da nova postura democrática do judiciário e de seus membros, Celso Fernandes Campilongo assim se pronuncia:

> A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. (CAMPILONGO, 2005, p. 45).

A legitimação do judiciário, enquanto instância de poder, advém do texto constitucional, da Carta Política, outorgada pelo próprio povo (conceito) ou por seus representantes (pragmático). Para se acentuar e ser aceita, essa legitimação precisa avançar, não podendo ser tão somente formal, exigindo-se conteúdo material e de verdadeira representatividade. "A legitimidade da justiça não pode mais ser exclusivamente racional, mas deve proceder de uma combinação entre vários tipos de legitimidade: carismática, racional e representativa" (GARAPON, 1999, p. 262).

> A justiça, vemos, toma-se o verdadeiro espaço de representação, que nunca deveria ter deixado de ser. Ela assume ares de um verdadeiro espaço político de disputa de interesses e de deliberações. A representação de interesses é muito mais forte, uma vez que é direta, casual e privada. Essa evolução é uma verdadeira evolução cultural; ela introduz, lá onde era inesperado – por meio da justiça – um reequilíbrio de forças sociais. Ela faz com que nossa democracia, tradicionalmente centralizada e unitária, evolua para uma forma mais deliberativa (GARAPON, 1999, p. 264).

Barroso, citando Campilongo, chega a afirmar que, "como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito" (BARROSO *apud* CAMPILONGO, 2015, p. 31). Não se pode colocar a democracia como sistema binário, de opções correlatadas e previamente determinadas. A vontade soberana da maioria vencedora numa eleição é que deve governar. No entanto, além dessa acepção primária da democracia, é preciso acrescentar a garantia da proteção das minorias, por meio da defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, além de assegurar o pleno direito de participação de todos, e em todas as instâncias, no processo democrático. "A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça" (BARROSO, 2015, p. 37).

> O fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. Um exemplo ilustra bem a afirmação: quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional. É imperativo procurar compreender melhor este fenômeno, explorar-lhe eventuais potencialidades positivas e remediar a distorção que ele representa. A teoria constitucional ainda não elaborou analiticamente o tema, a despeito da constatação inevitável: a democracia já não flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2015, p. 39).

Aury Lopes Junior (2005, p. 73) defende a legitimação do juiz (judiciário), não pelo voto em si, mas por vontade primária da constituição, promulgada pela vontade soberana do povo.

> A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da própria Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Neste sentido, Luís Flávio Gomes nos ensina que (1997, p. 120)

> O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a *representativa* (típica dos altos cargos políticos) e a *legal* (inerente à função

> jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político.

2.5. Condições para a judicialização

Há um conjunto de fatores que condicionam o encaminhamento das discussões de políticas públicas também para o cenário judicial, puxando para o centro do debate democrático um agente que, por vezes, preferiria manter-se equidistante, no caso, o poder judiciário. O fenômeno da judicialização é um fator de abrangência mundial, não se circunscrevendo apenas ao Brasil. É uma onda judicializante, com repercussão em todos os países democráticos e, especialmente, aqueles com Cortes Constitucionais ou Supremos fortes.

Não se pode deixar de apontar como condicionante para a judicialização o alargamento do campo dos legitimados para discussão do controle de constitucionalidade das leis e, por consequência, também das políticas públicas, além dos novos legitimados para instrumentos processuais adequados para busca dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Por fim, um terceiro fator condicionante para a aceitação e promoção da judicialização é a incorporação, no texto constitucional, de princípios fundamentais e direitos sociais, garantidores de diversos pleitos sociais, econômicos e culturais pretendidos pela sociedade. O texto constitucional deixou de ser somente uma promessa política, passando a ser efetivamente uma norma a ser exigida e com os instrumentos processuais adequados a essa persecução nos tribunais.

Nos pontos a seguir, analisamos a força condicionante de cada um desses fatores apontados como determinantes para a implantação e promoção da judicialização como canal de garantias de direitos fundamentais.

2.5.1. Judicialização como fenômeno global

A expansão do judiciário, por meio do fenômeno da judicialização, é um quadro global, que se apresenta e é perceptível em todos os países democráticos. Não se restringe, assim, ao constitucionalismo brasileiro. A política adentrou nos recintos dos tribunais em variadas nações para resolver problemas que, antes, ficariam apenas na seara e no fórum eminentemente da política. O século XXI será caracterizado, em termos democráticos, como aquele que trouxe o

judiciário para as discussões políticas, para o envolvimento com as políticas públicas; será o século da democratização do judiciário, exigida pela própria sociedade, ou seja, de fora para dentro. As respostas dadas pelo judiciário a essa exigência serão cruciais para seu encaixe no regime democrático do Estado Social e Democrático de Direito.

Joaquim Falcão faz um paralelo histórico ao afirmar que "o século XX pode ter sido o século dos executivos fortes. Mas o século XXI será o século dos Supremos [Judiciário] fortes. Detentores da última palavra" (2015, p. 38). A citação remete à conclusão de Antoine Garapon, que, observando o passado (século XIX) e refletindo sobre aquele momento (século XX), apresenta o Judiciário como o poder predominante neste século XXI:

> Hoje em dia fala-se muito de um "retorno do direito"; mas na verdade trata-se do fim da omissão do direito sob o Estado provedor. Depois dos modelos do direito formal e do direito material, como conceber, hoje, o papel do direito? Se o direito liberal do século XIX foi do poder legislativo, o direito material do Estado provedor do século XX, o do executivo, o direito que se anuncia poderia bem ser o do juiz. (GARAPON, 1999, p. 227-228).

Barroso, no seu estilo determinado e sistêmico, verifica que esse não é um fenômeno somente brasileiro, mas mundial, e passou a ser forte e perceptível a partir da Segunda grande Guerra Mundial. O mesmo autor conclui que, "o fenômeno é universal (...), o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais" (BARROSO, 2015, p. 28). Trata-se de uma tendência mundial e seu reconhecimento é inequívoco. O judiciário brasileiro segue na onda da democratização do judiciário, levando os juízes e tribunais a entender de política (políticas públicas) e assumir seu papel político na democracia. "O judiciário brasileiro é um exemplo, a confirmar uma tendência mundial, de aumento incessante e desmesurado da demanda social pela prestação jurisdicional" (CAMPILONGO, 1994, p. 123).

Muitos são os casos que atestam a judicialização como um fenômeno mundial, não somente localizado. É possível identificar, como fez Luís Roberto Barroso, exemplos de casos de jurisdição suplementar à política em diversos países. Barroso constata que, desde o final da Segunda Grande Guerra, é possível verificar, em grande parte dos países ocidentais, um gigantesco avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária.

> Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush vs. Gore.

> Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*. Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo (BARROSO, 2009, p. 72).

Em artigo sobre a temática da judicialização da política, Ran Hirschl destaca a expansão do papel do judiciário no mundo, especialmente das supremas cortes, nas discussões de políticas públicas e sua sedimentação no estamento institucional norte-americano. O autor reconhece que, nos EUA, os tribunais já exercem papel de destaque na elaboração de políticas públicas e que esse papel bem-sucedido tem sido replicado em jovens democracias. O Brasil, como se vê, ainda percorre um caminho de legitimação do judiciário como partícipe de colaboração com as políticas públicas. Outros países já estão bem à frente de nossa prática de judicialização da política e, também, de políticas públicas importantes para o contexto de nação.

> Nas últimas décadas, o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais. O conceito de supremacia constitucional — que há muito tempo é um pilar central da ordem política norte-americana — é hoje compartilhado, de uma maneira ou de outra, por mais de 100 países ao redor do mundo. (...) Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental. (...) Isso está evidente nos Estados Unidos, onde o legado do controle de constitucionalidade acabou de atingir seu bicentenário. Aqui, os tribunais estão há muito tempo exercendo um papel significativo na elaboração de políticas públicas (HIRSCHL, 2009).

Na mesma linha de Barroso (2009), Hirschl (2009) nos traz variados exemplos de decisões judiciais nacionais e internacionais que representam o avanço da importância do judiciário em questões relevantes e, especialmente, no que se refere à definição de políticas públicas:

> A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver. Lembremo-nos de episódios como o resultado das eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Europeia, a guerra na Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe de Estado militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas de justiça transicional na América Latina pós-autoritária e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um “Estado judeu e democrático”,

> ou o futuro político de Quebec e da federação canadense: todos esses e muitos outros problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais. E isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada dessas cruciais decisões. Para resumir, e parafraseando a observação de Alexis de Tocqueville (1961) sobre os Estados Unidos, não há no mundo do novo constitucionalismo quase nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial.

Hirschl (2009) faz um inventário das principais decisões políticas ao redor do mundo, em vários países, como prova do deslocamento do fórum de discussão política para o âmbito dos tribunais, mais precisamente das supremas cortes e cortes constitucionais desses países, nos quais as agendas políticas têm sido judicializadas. A seguir, alguns dos precedentes internacionais selecionados pelo autor para comprovar sua tese de ascensão do judiciário sobre a agenda política em várias partes do mundo:

> COREIA DO SUL: a rejeição, pela Corte Constitucional da Coreia do Sul, do *impeachment* do presidente Roh Moo-hyun realizado pela Assembleia Nacional do país, em 2004 — a primeira vez na história do constitucionalismo moderno em que um presidente foi reconduzido ao cargo por um órgão judicial após um órgão legislativo ter determinado o seu *impeachment* (Lee, Youngjae. Law, politics, and impeachment: the impeachment of Roh Moohyun from a comparative constitutional perspective, 2005).
> ARGENTINA: Outra manifestação igualmente significativa da judicialização de problemas macroeconômicos controvertidos é a decisão da Suprema Corte da Argentina, de outubro de 2004 (o chamado "Caso *Corralito*"), sobre a constitucionalidade do plano de "pesificação" proposto pelo governo (conversão total da economia argentina em pesos, com taxa de câmbio fixa em relação ao dólar norte-americano), e a correspondente desvalorização e congelamento de poupanças atreladas ao dólar — uma consequência da grande crise econômica argentina de 2001. (Corte Suprema de Justicia (CSJN), 26 out. 2004. Bustos, Alberto Roque *et al*. v. Estado Nacional *et al*. Disponível em: <www.csjn.gov.ar>.).
> RÚSSIA: A recém-criada Corte Constitucional russa seguiu a mesma direção no caso Chechênia, quando concordou em apreciar petições de vários membros da oposição na Duma, questionando a constitucionalidade de decretos presidenciais que ordenaram a invasão militar russa na Chechênia. Rejeitando a reivindicação chechena de independência e sustentando a constitucionalidade dos decretos do presidente Boris Yeltsin como *intra vires*, a maioria dos juízes da Corte declarou que a manutenção da integridade e unidade territorial da Rússia seria "uma regra inabalável que exclui a possibilidade de uma secessão unilateral armada em qualquer estado federativo". (Russian Court: Chechen War Legal, United Press Int'l, 31 jul. 1995. Disponível em: Lexis UPI database).
> ALEMANHA: Da mesma forma, a Corte Constitucional Federal alemã exerceu papel-chave na criação da Alemanha unificada, como ficou claro, por exemplo, no caso Maastricht, no qual a Corte se baseou em provisões da Lei Fundamental alemã para determinar o status da Alemanha pós-unificação vis-à-vis a emergente comunidade supranacional europeia.
> ISRAEL: Talvez em nenhum outro lugar do mundo a judicialização da megapolítica esteja mais evidente do que na vizinha Israel — provavelmente, o país mais próximo de uma completa juristocracia em todo o planeta. Toda semana, a Suprema Corte de Israel (SCI) anuncia uma decisão significativa, amplamente divulgada pela mídia e assistida de perto pelo sistema político. Os exemplos mais claros do envolvimento profundo da SCI

> em questões formativas de identidade coletiva são os recentes julgamentos sobre a questão "quem é judeu" — possivelmente a questão mais carregada de implicações sobre identidade coletiva na Israel de hoje.
> CANADÁ: Outro exemplo claro de judicialização da megapolítica pode ser visto no envolvimento sem precedentes da Suprema Corte do Canadá com o status bilíngue do país e com o futuro político de Quebec e da federação canadense, mais notavelmente na histórica decisão da Corte na Consulta sobre a Secessão de Quebec.

Como se observa, a maioria das decisões do Poder Judiciário em questões relevantes para as nações apresentam reflexos diretos e imediatos em temas como justiça fiscal, direitos difusos e coletivos e desenvolvimento socioeconômico, levando o pesquisador a informar que "(...) na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro 'governo com juízes'" (HIRSCHL, 2009). Após fazer essa abordagem da crescente judicialização em países com Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes fortes, o autor aponta, em uma espécie de constatação dos fatos, a chegada e a permanência desse fenômeno de despolitização das questões políticas, transformando-as em jurídicas, ao afirmar:

> Em suma, em numerosos países ao redor do mundo tem havido uma crescente deferência legislativa ao Judiciário, uma crescente intrusão do Judiciário em prerrogativas de legislaturas e executivos, e uma correspondente aceleração do processo por meio do qual agendas políticas têm sido judicializadas. Juntos, tais desenvolvimentos contribuíram para a crescente confiança em meios judiciais para clarificar e resolver controvérsias morais fundamentais e questões políticas altamente controversas, transformando tribunais superiores nacionais em importantes órgãos de decisões políticas (HIRSCHL, 2009).

O referido autor não deixa de explicitar, no entanto, que as questões políticas envolvidas nos julgamentos dos tribunais não são matérias intrinsecamente legais, mas, acima de tudo, questões da "megapolítica"[20] e "ainda que algumas delas possam envolver certos aspectos constitucionais significativos, não são puramente, nem mesmo primariamente, dilemas legais. Como tais, devem ser resolvidas — ao menos por princípio — através de deliberação pública na esfera política" (HIRSCHL, 2009). Critica ainda, e evidencia o perigo da judicialização das questões megapolíticas para o sistema democrático, uma vez que retira dos representantes eleitos pelo povo a capacidade decisória de temas relevantes para a construção de uma nação.

> A prática é igualmente problemática do ponto de vista da democracia representativa. A crescente confiança em tribunais para articular e decidir assuntos de grande importância

[20] Termo utilizado pelo autor para englobar as macro questões políticas, envolvendo "— processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas do Executivo, identidades coletivas e processos de construção nacional... que muitas vezes envolvem a própria definição da nação como tal (HIRSCHL, 2009).

> política representa uma rejeição de responsabilidade política em larga escala, ou até mesmo uma abdicação de poder, por parte de legislaturas eleitas, cuja tarefa é assumir a responsabilidade pela tomada de decisões políticas. Pode prejudicar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve a deliberação aberta — e muitas vezes controversa — entre representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos (HIRSCL, 2009).

Oscar Vilhena aponta, como uma das fontes dessa expansão do judiciário, decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, no início do século passado, o qual se convencionou chamar de era *Lochner*:

> Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso *Lochner*, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição. (2007, p. 443).

Oscar Vilhena reconhece que, também na Europa, o avanço da ativação das cortes constitucionais em termos de análises de questões políticas, quebrando uma tradição do velho continente de dar prevalência aos parlamentos.

> Na Europa, onde por todo o século XIX, a doutrina do *judicial review* não encontrou eco, os tribunais apenas começaram a ocupar uma posição mais proeminente a partir da Segunda Guerra, em especial na Alemanha e na Itália. Como reação ao nazismo e ao fascismo e uma enorme desconfiança na democracia de massas, foram estabelecidas substantivas cartas de direitos e potentes tribunais constitucionais, rompendo com a velha tradição rousseauniana de soberania popular. Em alguma medida, a reconstitucionalização espanhola, no final da década de 1970, e a constitucionalização de diversos países da Europa oriental, após a queda do muro de Berlim, seguiram a mesma lógica. (VIEIRA, 2007, p. 443-444).

Muito embora seja uma prática recorrente a intervenção do judiciário em políticas públicas, há de se registrar que essa atuação, em sua grande maioria, se circunscreve a questões macros de políticas, faltando a profundidade e avanços em se tratando de promover a devida justiça social, em forma de redistribuição das riquezas, e uma melhor repartição dos direitos sociais. Nesse ponto, a crítica de Hirschl se volta para a atuação pulverizada e genérica do judiciário, sem adentrar nos meandros da política social, aquela capaz de promover, casualmente, os avanços de desenvolvimento regional e nacional.

> Entretanto, se por um lado tem havido uma crescente penetração judicial nas prerrogativas de legislaturas e executivos a respeito de relações exteriores, segurança nacional e política fiscal, os tribunais têm no geral permanecido passivos no que se refere a políticas sociais e de redistribuição de riqueza e recursos. Com pouquíssimas exceções (principalmente na África do Sul e na Índia), os tribunais têm sido tímidos quando se trata de promover noções progressistas de justiça distributiva em áreas como

> distribuição de renda, erradicação da pobreza e direitos relacionados à subsistência (educação básica, saúde e moradia), cuja implementação requer maior intervenção estatal e mudanças nas prioridades dos gastos públicos. Assim, pode-se dizer que a judicialização de questões envolvendo poderes fundamentais do Executivo não tem sido exatamente uma bênção para keynesianos e progressistas. (HIRSCHL, 2009).

O palco das políticas públicas no mundo é, também, como apontado, o judiciário e não somente os poderes políticos. Tal fenômeno pode ser creditado, em grande parte, ao aumento da capacidade dos atores legitimados a buscar seus direitos perante os tribunais, pauta para o próximo item analisado.

2.5.2. Judicialização como palco dos novos agentes legitimados na democracia

A expansão da atuação do judiciário no campo das políticas públicas avança com a chegada de novos atores e novas formas, com a legitimação de novos agentes, antes circunscritos à legitimidade residual e individualizada. Seria possível enxergar a legitimação para reverter políticas públicas governamentais apenas ao órgão de cúpula da estrutura judicial, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. No entanto, essa proposição não é válida, uma vez que todos os órgãos com jurisdição no Brasil possuem poder de controle da constitucionalidade das normas e, também, controle das políticas públicas. Não deixando de pontuar, ainda, que, quando o Poder Judiciário analisa e fiscaliza as políticas públicas, traz ganhos para a democracia no sentido em que fornece mais legitimidade ao sistema representativo (JORGE NETO, 2008, p. 66).

A remissão ao judiciário diz respeito a toda estrutura do Poder Judiciário e não somente a um órgão. Remete ao juiz de primeira instância, passando pelos tribunais, em seus diferentes ramos do judiciário, até chegar ao seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. Em termos de controle de constitucionalidade, fica de fora dessa análise apenas o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão da estrutura do poder judiciário sem poder jurisdicional. Por outro lado, embora não possa atuar com poderes jurisdicionais, o CNJ exerce papel relevante em termos de formulação de políticas públicas partindo do próprio judiciário.

Não se pode centrar num órgão específico do judiciário e, pinçando-o do sistema, apontar e analisar sua conduta como ativista e proativa. Os vários órgãos do judiciário devem ser analisados e pesquisados, desde sua cúpula até o juiz local, num contexto de sistema judiciário, de atuação orgânica e conjunta. É certo que a primazia dessa análise recai, necessariamente, no

órgão de cúpula – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – mas essa análise não se circunscreve apenas às decisões do Supremo, e sim a outras instâncias. "A ideia de um juiz, singular, ocupando sozinho a cena da democracia, não é aceitável, porquanto encontramos na realidade *muitos* juízes com funções, legitimidades e qualidades bem diferentes" (GARAPON, 1999, p. 51).

O judiciário[21], com função julgadora e de árbitro, não é unitário, compõe-se de várias instâncias, de vários juízes, de vários tribunais. A função julgadora é uma, mas o sistema judiciário é complexo, podendo se falar em órgãos jurisdicionais diversos, tais como: órgãos jurisdicionais locais, com uma jurisdição comunitária; órgãos jurisdicionais regionais, com julgamentos voltados para a unificação de entendimentos das várias comunidades judiciárias; órgãos jurisdicionais nacionais, com a função unificadora e mantenedora da federação, no qual recai uma maior responsabilidade política; e, ainda, os recentes órgãos jurisdicionais internacionais[22], com a função de justiciabilidade dos direitos humanos, garantidoras da proteção dos princípios internacionais. "Nas últimas décadas, a judicialização da elaboração de políticas públicas também se expandiu internacionalmente, com o estabelecimento de numerosas cortes e tribunais, painéis e comissões internacionais quase judiciais, que lidam com direitos humanos..." (HIRSCHL, 2009).

Assim, é possível identificar que essa diversidade de órgãos jurisdicionais traz legitimação advinda do conjunto de diversos órgãos, pessoas e agentes envolvidos, proporcionando diálogos, debates e discussões, muitas vezes em várias instâncias, forçando a uma decisão mais politizada

---

[21] "Se uma ordem jurídica pode existir sem legislativo nem executivo, não pode, em compensação, dispensar um juiz apto a se pronunciar sobre a interpretação das regras e sobre a solução dos litígios. 'Os juízes existiam antes que as leis fossem criadas; esses juízes, naquele tempo de ignorância e barbárie, eram ministros de equidade entre os homens; ainda o são quando não dirigidos por leis escritas; não podem, portanto, sob o pretexto da obscuridade e do silêncio das leis, interromper arbitrariamente suas atuações'". (GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 42.)

[22] Um processo similar aconteceu no âmbito das disputas de comércio internacional. Decisões do mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) tiveram extensas implicações para políticas de troca e comércio no mundo. Esse também é o caso dos Estados Unidos, onde defender o cumprimento de decisões desfavoráveis de tribunais estrangeiros é sempre uma árdua tarefa. O Tratado de Livre Comércio da América do Norte (Nafta), de 1994, também estabelece processos quase judiciais de solução de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros, serviços financeiros e instâncias *antidumping* e compensação. Arranjos similares foram estabelecidos pelo Mercado Comum do Sul (Mercosul), na América do Sul, e pela Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean), na região da Ásia-Pacífico. Em resumo, nas últimas décadas, estabeleceu-se rapidamente uma transferência, em larga escala, de prerrogativas centrais de elaboração de políticas de arenas decisórias majoritárias em nível nacional para entidades e tribunais transnacionais relativamente insulados. (...) O Tribunal Penal Internacional (TPI) (ratificado por 90 países até 2006) foi estabelecido em 1998 como um órgão judicial internacional permanente com jurisdição potencialmente universal sobre genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, etc. Cfr. (HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/ago. 2009.)

do que uma decisão tomada unitariamente, como acontece com o poder político, muitas vezes representado por apenas uma pessoa, como é o caso do Poder Executivo. “Contrariamente ao poder político que se concentra nas mãos de um só homem, a justiça é sempre assegurada por diferentes órgãos de jurisdição ou por juízes reunidos em colegiados” (GARAPON, 1999, p. 51).

A singularidade se apresenta no judiciário quando a decisão é tomada por um juiz de primeira instância; no entanto, essa decisão, especialmente quando envolve políticas públicas e confronto com outros poderes, tende a ser rediscutida, por meio de recurso, na instância revisora, que, no caso, é sempre um tribunal colegiado, abrindo espaço para duas instâncias deliberativas (processo de discussão democrática vertical) e, de forma conjunta, por vários magistrados, na instância revisora (processo de discussão democrática horizontal).

Além dos diversos órgãos do judiciário, é possível, também, apontar a expressiva legitimação de outros órgãos e instituições voltadas para o controle da fiscalização do cumprimento dos direitos fundamentais. Barroso aponta para esse fator como um dos determinantes para a judicialização da política. Após enumerar os motivos determinantes da judicialização, a redemocratização, à partir da Constituição de 1988, e o fenômeno do constitucionalismo no mundo, o professor da UERJ acrescenta na sua enumeração “o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas, [...] podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF” (BARROSO, 2009, p. 04).

Como visto até agora, a expansão do judiciário é mundial e o processo de judicialização segue a lógica da busca por direitos, por interesse do avanço da legitimação de novos atores, com a construção de novos espaços democráticos. Não se pode deixar de mencionar que tudo isso só é possível devido, especialmente, a inserção nos textos constitucionais de direitos sociais e da interpretação moderna – constitucionalismo – de que a Constituição não é apenas uma carta política, mas uma norma jurídica, que carece de aplicação e concretização.

2.5.3. Judicialização da política como imposição constitucional

É a Constituição que se impõe como ditadora da judicialização do cotidiano, ao proclamar como mandamentais os direitos fundamentais; ao informar como exigíveis os direitos sociais; ao trazer para seu corpo os direitos econômicos coletivos e ao assegurar a cultura, como uma

conquista da sociedade a ser protegida e divisada como garantia. Como costuma afirmar Ayres Britto: “O ativismo no Brasil é da Constituição e, não, dos juízes!” (BRITTO, 1981, p. 115-127). Não se trata simplesmente de um querer dos juízes, dos tribunais, do Judiciário; antes, é um dever ser, um comando suplementar de que, onde a política não resolver, restará legitimada a atuação assecuratória de direitos (especialmente os direitos civis, sociais, econômicos e culturais) pelas instâncias jurídicas. A Constituição tem vontades – “vontade de constituição” (HESSE, 1998) – que deverão ser concretizadas pela República, através do seu governo, do parlamento e, também, dos diversos órgãos de jurisdição. A vontade de concretização não parte criativamente e espontaneamente dos poderes ou das instituições republicanas, mas sim da própria constituição. O direcionamento político das ações e comandos dos poderes é determinado pelo conteúdo e pela vontade constitucional.

As políticas públicas, como instrumentos de implementação dos diversos direitos fundamentais, políticos, econômicos e sociais, deverão ser adotadas pelos poderes políticos, e também, judiciais, seja como forma de controle da omissão ou complementação da ação, seja de forma suplementar, de *motu próprio*. Não se pode esquecer que a Constituição é fundamentalmente obra da política, mas seu processo de concretização torna-se ato político. “O estágio atual da judicialização sugere que, de fato o direito constitucional é uma forma de política por outros meios” (HIRSCHL, 2009).

As condições políticas foram normatizadas no texto constitucional de 1988, com *status* de princípios, com normas assecuratórias de seu cumprimento, desencadeando um processo de impulsão das questões políticas não solucionadas para o âmbito do Judiciário. Os direitos sociais enquanto postos na constituição, assim como os instrumentos processuais adequados para sua persecução, constituem medidas de afirmação e de proteção aos direitos fundamentais. Desta forma,

> os direitos sociais, produto típico do Estado do Bem-Estar Social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

Uma das condições que propiciam o agigantamento do judiciário é projetada pelo constitucionalismo moderno e, portanto, pelo próprio legislador constituinte, quando incorpora no

texto da Carta Política normas, direitos e promessas de conquistas sociais, culturais e econômicas, antes só almejadas no campo político. O campo político é menos contundente em forma de garantias do que o campo jurídico-normativo. Uma vez constante da Constituição, as promessas, antes políticas, que não poderiam ser cobradas em tribunais, passam a ser plenamente exigidas nos órgãos de jurisdição, fomentando a proeminência do judiciário frente aos outros poderes. "A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno" (VIEIRA, 2007, p. 447).

Conforme acentua Cittadino (2002, p. 27), procurando justificar a necessária introdução da cultura jurídica, especialmente por meio da participação da constituição, no mundo político,

> Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende reencantar o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direito constitucionalmente assegurado e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a força do direito, rompendo com a tradicional cultura jurídica.

O poder do Judiciário, expresso na Constituição, ainda não se aflora de forma clara nas suas ações e comportamentos, em termos de definições de políticas públicas. Praticamente, a função do Judiciário tem se resumido na sua função típica e primordial de aplicar o Direito. Seu papel político ainda não se aflora, como anotado no texto constitucional. No Brasil, devido especialmente à necessidade da construção de uma Constituição Cidadã, que a época declarasse e promovesse direitos recentemente negados, muito da agenda política nacional foi transportada para o texto constitucional, dotando de força normativa inúmeros direitos, antes discutidos e requisitados somente no plano político-formal. Barroso alerta para esse fato ao sentenciar que "constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito" (BARROSO, 2009).

É bem certo que a clássica divisão de funções entre os Poderes da República, em princípio, não coloca o Poder Judiciário como autor de Políticas Públicas, deixando aos Poderes Políticos, Legislativo e Executivo, essa tarefa. Notadamente, essa visão clássica e tradicional começa a ser contestada em vista da atuação proativa do judiciário. Notadamente, "todos os poderes – o judiciário, inclusive – exercem uma função política, porém de maneira particular" (GARAPON, 1999, p. 178), quando lhe é dado decidir acerca da aplicabilidade da constituição e, especialmente, dos conflitos que envolvem direitos fundamentais. Na realidade, o fenômeno da

judicialização é um fato que traz para o judiciário a possibilidade de participar efetivamente da concretude dos direitos fundamentais, efetivando mais um canal institucional disponível para reivindicação do cumprimento das promessas políticas normatizadas no texto constitucional. Traz, portanto, o judiciário para a arena dos participantes e demandantes de causas econômicas, sociais e culturais.

Fazendo referência a Canotilho, Oscar Vilhena aponta, como uma das condições determinantes da proeminência do judiciário, a introdução de sistemas constitucionais rígidos e ambiciosos em termos de direitos sociais.

> Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. (VIEIRA, 2007, p. 443).

O texto constitucional, ao ser promulgado, não é um texto acabado e de aplicação imediata. Trata-se de uma carta de direitos que se constrói com o dia a dia do Direito e suas várias instâncias deliberativas, seja naquilo que se pensa que o direito é ou deveria ser, no caso do direito estudado nas academias e pensado pelos juristas, seja naquilo que a norma constitucional se transforma quando é aplicada pelos juízes e tribunais.

A Constituição sofre mudanças implícitas, que influenciam em sua aplicação e exegese, em decorrência de vários fatores externos, como aspectos históricos, interferências religiosas, culturais, econômicas e, especialmente, circunstâncias políticas. “Norma geral regula as ações humanas, mas não lhes dá um sentido concreto” (COMPARATO, 1998, p. 40). O texto constitucional deveria moldar o plano político, no entanto, o que muitas vezes se constata é que, a depender de determinadas circunstâncias políticas e históricas, a política molda o texto constitucional, aperfeiçoando-o para que se apresente da forma apropriada para sustentar o sistema político e de governo.

É importante destacar que o Estado, assim como a norma constitucional, vai se aperfeiçoando e se amoldando às novas necessidades da sociedade, para se configurar da modelagem que melhor aprouver e que consiga ser determinante na consecução dos interesses do seu povo e na implementação dos direitos prometidos. Um dos fundamentos da ânsia por

realização dos direitos encontra-se na formatação dirigente do texto constitucional. A constituição programática ou dirigente, que, segundo Marcelo Novelino,

> (...) caracteriza-se por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. A ideia de programa costuma ser associada ao caráter dirigente da constituição, no sentido de comandar e impor a realização de metas e programas pelos poderes públicos. Não obstante, a atenuação do papel do Estado faz com que hoje o programa constitucional assuma mais o papel de legitimador da sociedade estatal do que a função de um direito dirigente do centro político (NOVELINO, 2008, p. 53).

Os direitos econômicos, sociais e culturais são considerados direitos fundamentais e exigíveis, não somente mera enumeração legislativa. São, nas palavras de Canotilho, determinantes e exigem a devida prestação.

> (...) a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos Poderes Públicos (direito de exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito de exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos). (CANOTILHO, 2001.p. 372).

O judiciário não pode se furtar ao fato de que é um poder político e como tal deve funcionar. Nesse sentido, Eduardo Cambi menciona:

> Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de mero carimbador das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo.
> A mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais abriu um novo processo de diálogo e cooperação, entre os três poderes do governo, quanto à determinação do significado objetivo do texto constitucional. (CAMBI, 2010, p. 193).

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na apresentação de sua obra, constata esse fator determinante para a democratização do poder, antes apenas de exigência técnica, ao apontar para o fato de que “o Judiciário, dentro dessa nova moldura, passou a participar efetivamente da vida nacional, decidindo as pequenas e as grandes causas, ocupando, inclusive, parcela significativa do noticiário. É como se a sociedade tivesse finalmente descoberto o Judiciário” (TEIXEIRA, 1994, p.9).

Não se pode deixar de destacar que é com o advento da Constituição Federal de 1988 que o Poder Judiciário ganha musculatura institucional para o exercício efetivo do poder político na República. Sem se ater ao capítulo institucional do Poder Judiciário, é possível detectar que o

vasto enunciado de direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, cria um campo de atuação do Judiciário, exigindo sua participação na concretude das políticas públicas que envolvem esses direitos. De outra forma, é auferido ao mundo do Direito um instrumental processual adequado para o acionamento do Poder Judiciário, visando garantir, proteger e fazer valer o cabedal de direitos dispostos no texto constitucional. Além disso, o constituinte de 1988 resolveu alargar o rol dos legitimados para essas ações, proporcionando um amplo espectro de pessoas e instituições autorizadas a provocar jurisdição para discussão e aplicação dos mais variados direitos, presentes na constituição ou em normativos infraconstitucionais.

Todos esses fatores contribuem para o fenômeno da judicialização, que, como visto, não se trata de uma vontade do judiciário, mas de fatores políticos, jurídicos e sociais. Não se tem uma ação de captura da democracia ou da agenda política por ação volitiva do Poder Judiciário. A partir das chegadas das demandas e, de acordo com a solução encaminhada, é que o judiciário definirá sua participação no cenário da judicialização. Seu comportamento definirá sua conformação no espaço democrático do país, trazendo ou comprometendo sua legitimidade enquanto poder da República.

É sobre a sua capacidade de se legitimar perante as questões políticas, diante do fenômeno da judicialização, que trata o próximo item da pesquisa.

2.6. Causas da judicialização da política

Indicadas algumas das condições conjunturais determinantes para a chegada do fenômeno da judicialização, é importante identificar os motivos determinantes do processo de judicialização. A expansão do constitucionalismo e da necessidade de inserção do judiciário na discussão democrática, se apresentam como condições propulsoras para a introdução da judicialização, mas não são capazes de justificar a ida aos tribunais, havendo elementos propulsores mais definidos, que precisam ser destacados e analisados.

A democracia passa a ter um novo participante ativo e não somente neutro; no entanto, não é somente a predisposição de participar das decisões democráticas que determina o fenômeno de judicialização. Acentua-se, em nosso sistema, uma inércia dos poderes políticos em efetivar os direitos fundamentais prometidos na constituinte, causando omissão, que necessita ser reparada. Apresentam-se, assim, as demandas ao judiciário, que passa a atuar num fórum democrático e

jurídico. Há, ainda, a omissão dos poderes políticos frente à atuação do judiciário, de certa forma conveniente, em vista dos temas decididos serem delicados, as chamadas decisões com "escolhas trágicas". Lenio Streck (2011, p. 190) procura identificar o problema da judicialização, apresentando sua causa como sendo uma situação de hermenêutica, a força normativa da constituição e a inércia dos poderes políticos.

> Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.

As questões sociais e os problemas a serem solucionados pela sociedade e suas instituições eram discutidos e decididos no âmbito da política. Os poderes legislativo e executivo se reversavam na discussão e apontamento de soluções para os problemas a serem enfrentados, ora com medidas administrativas, ora com verdadeiras políticas públicas. Não havia espaço para contestações por parte do poder judiciário. Com o avanço do constitucionalismo e a incorporação de promessas políticas no texto das constituições, ocorre o fenômeno da normatização da política; isto é, matérias e direitos que antes eram perseguidos com lutas e embates nas arenas políticas, sem previsão de sucesso na concretização, passaram a ser normas, regras e princípios, com possibilidade de perseguição não somente no âmbito político, mas, também, no âmbito judicial, criando um novo fórum de debate e persecução dos direitos fundamentais, os fóruns judiciais.

Não há como desconsiderar essa abordagem. Fato é que o judiciário não procura a judicialização, ela o encontra e o faz ser proativo. A mudança de postura não se concretiza apenas pela conduta proativa do Judiciário – ativismo – mas, também, pelo crescimento de consciência cidadã por parte da sociedade – cidadania – mais atenta aos seus direitos, e a procura de assegurar tais direitos, especialmente os sociais e coletivos – judicialização. Esses são fatores predominantes para a travessia e mudança de postura. Essa nova atitude se apresenta, portanto, não somente com a atuação do judiciário, mas pela compreensão de que as demandas políticas possuem espaço nos três poderes da República e não somente nos dois poderes eleitos. Traspassa dessa afirmativa um novel fundamento para a Democracia, consubstanciado no fortalecimento das garantias advindas do Direito como norteadoras da Política. "A justiça passa a encarnar,

assim, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado.” (GARAPON, 1999, p. 45).

À medida que a vontade estatal se afasta da vontade única do soberano, passando a ser escrita e normatizada, mais o direito vai ganhando força e tornando-se equivalente, dentro da democracia, à política. As políticas públicas, em geral escolhas políticas, exigem cada vez mais cumprimento de promessas, ora constitucionalizadas, ora normatizadas, forçando o campo da política a se aproximar e interagir, necessariamente, com o campo jurídico. “O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça” (GARAPON, 1999, p. 47-48).

O discurso e o processo político de negociação, avanços e retrocessos dá lugar, cada vez mais, ao impositivo, ao normatizado. “Normas não são discursos indicativos que preveem uma ocorrência futura condicionada – dado tal comportamento ocorrerá uma sanção – mas sim discursos que constituem de *per si* uma ação: imposição de comportamentos jurídicos” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 70). A Constituição de 1988 procurou proteger seu legado de conquistas sociais e direcionou ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Nacional, a defesa da própria constituição contra ataques advindos do sistema político. O Supremo Tribunal Federal passa, então, a ser guardião da Constituição, sendo aquele que tem a última palavra acerca de matéria constitucional. Desta forma, o judiciário passa a ser instância revisora das decisões políticas e isso tem se confirmado com a denominada “judicialização da política”.

> Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Neste aspecto, é curioso notar que o partido político que mais trazia casos ao Supremo no período Fernando Henrique Cardoso era o Partido dos Trabalhadores (PT) e, agora, na gestão Lula, o Partido dos Democratas (DEM) passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Da mesma forma, os governadores de Estado se apresentam de forma extremamente ativa no emprego do Supremo, como uma segunda arena política, em que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, bem como pelas respectivas Assembleias Legislativas Estaduais (VIEIRA, 2007, p. 448).

2.6.1. Poder que não se ocupa é ocupado (não faz)

As demandas políticas se avolumam e os poderes políticos não têm sido capaz de acolher, processar e resolver tais demandas. Em se tratando de direitos fundamentais, pelo seu caráter de

justiciabilidade, o cidadão e as instituições legitimadas estão direcionando essas demandas para o Poder Judiciário, cobrando o devido cumprimento das promessas constitucionais de saúde, desenvolvimento, igualdade e justiça social. A inércia dos poderes políticos faz com que o Judiciário seja exigido, por demandas, e atue para garantir e fazer cumprir os direitos e princípios fundamentais constitucionalizados, afigurando-se, em alguns momentos, como ator da cena democrática. "Diante da inoperância legislativa em realizar a modificação formal da norma para atendimento da dinamicidade inerente aos fatos sociais, que se abre espaço de ação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais, entendidos como indeclináveis pelo Estado" (ROCHA, 2009, p. 177).

O Poder Judiciário é chamado para resolver todo e qualquer problema do cidadão, das instituições privadas e públicas e, devido a grandes turbulências políticas, passou a também ser revisor de demandas eminentemente políticas. O professor Oscar Vilhena costuma usar uma expressão para essas demandas, denominando-as de "pequenas causas políticas". Segundo ele, não tem conhecimento de "qualquer outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos, de maneira racional e compatível com a Constituição" (VIEIRA, 2007, p. 449).

Outro fator determinante para a atuação do Judiciário frente às demandas sociais é a grave crise de representatividade vivenciada na democracia, especialmente frente ao esgarçamento do sistema eleitoral, no qual o eleitorado não se sente representado pelos seus representantes. Em vista desse fato, muitas demandas estão deixando de ser pautadas no fórum parlamentar e administrativo e migrando para o âmbito da jurisdição. Há um desafio democrático a ser superado, que se traduz na desconfiança da população em suas instituições representativas e a encruzilhada da superação não se apresenta com soluções fáceis e conciliáveis. Cada vez mais, as pessoas passam a não nutrir confiança[23] nas instituições políticas. "Essa reviravolta da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado" (GARAPON, 1999, p. 26).

Novos atores são incorporados ao debate político, recriando o ambiente democrático e trazendo participantes, antes não habituados às lides políticas. Além dos novos atores, foram introduzidos "instrumentos novos com que elide a supremacia da intermediação clássica – a da

[23] Segundo o "Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa", o substantivo "confiança" refere-se à "segurança íntima de procedimento, crédito, fé" e, mais importante, à "segurança e bom conceito que inspiram as pessoas de probidade, talento, discrição, etc." (Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1999, p.525).

chamada representação política – cuja crise é manifesta e cuja decadência é irremediável" (BONAVIDES, 2003, p. 278). A participação de todos nas decisões políticas, voltadas para o desenvolvimento, é essência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Paulo Bonavides esclarece que a democracia não é, somente, um sistema de governo, mas um direito do povo, que se alinha à necessidade de desenvolvimento.

> Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa os poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas.(BONAVIDES, 2003, p. 161)

A desfragmentação política é um dos fatores apontados como motor de uma maior judicialização dos tribunais. Em que não há unidade partidária acerca da consistência de poder do próprio sistema político e seu funcionamento, consequentemente, cresce o papel do judiciário. Não se fala aqui de unipartidarismo, mas de diversidade partidária e ideológica, que atua em constantes conflitos multifacetários, sem definições de temas e capacidade de impor decisões políticas que sejam aceitas por todos, gerando disfunção no sistema político e catapultando as questões políticas para o âmbito decisório do judiciário, onde encontrará, necessariamente, uma decisão com características definitivas e conclusivas.

Em sistemas políticos mais fortalecidos e empoderados, há uma menor possibilidade de judicialização, sem prejuízo de temas relevantes serem destacados para decisões pretorianas, mas em pequenas quantidades e sem impacto no próprio sistema político. Já em sistemas políticos disfuncionais, com pouca capacidade representativa e sem poder de decisão (definitiva), aflora, acentuadamente, a capacidade do judiciário em se apresentar como órgão legitimado a decidir questões que antes seriam decididas no âmbito político.

> Uma autêntica judicialização "de baixo para cima" tem mais chances de ocorrer quando as instituições judiciais são percebidas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e efetivos do que outras instituições governamentais consideradas "muito burocráticas" ou arenas decisórias majoritárias tidas como enviesadas. Uma judicialização da política totalmente abrangente tem, *ceteris paribus*, menos chances de ocorrer em uma comunidade com um sistema político unificado e assertivo, que seja capaz de limitar o Judiciário. Em tais comunidades, a esfera política pode fazer ameaças críveis a um Judiciário superativo. Do mesmo modo, quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo (HIRSCHL, 2009).

A política se tornou um campo de muitos combatentes, o que, na maioria das vezes, torna o campo de discussão insustentável. Um dos escapes visíveis e previstos é o da discussão num campo menos permeado de combatentes, ou seja, os tribunais, os órgãos judiciários. “Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos” (VIEIRA, 2007, p. 443). Esse recurso de catapultar as discussões políticas e sociais diretamente para o judiciário, ou transformá-lo em instância revisora das decisões das instituições políticas, sob o argumento da falta de confiança nas instituições políticas, traz em si uma contradição, uma vez que o judiciário não possui, em tese, a legitimação popular. “O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia” (VIEIRA, 2007, p. 443).

O fenômeno da desconfiança nas instituições, especialmente naquelas representativas da democracia eleita, é um fato internacional e não somente circunscrito ao nosso país. Trata-se de uma crise de representatividade que força o deslocamento dos anseios populares para outras instituições, no caso, o judiciário. A política, antes fórum de determinação de demandas sociais, encontra outro fórum possível, a jurisdição. A exigência de confiança nas instituições políticas também é válida para o judiciário, que para ser democrático precisa ser transparente. “Na democracia, além de ser independente, o Judiciário precisa que o cidadão e os Poderes acreditem que ele assim o é” (FALCÃO, 2015, p. 89). Os juízes e tribunais não são imunes a essa crise de desconfiança. Talvez se apresentem, nessa quadra história, como a última trincheira de luta democrática do cidadão, após as constantes descrenças com os poderes políticos.

Esse é um traço marcante apontado por autores no final do século XX. “A ascensão da justiça está diretamente ligada ao fim da guerra fria, e à internacionalização das trocas comerciais” (GARAPON, 1999, p. 39) e, também, no limiar do novo século, “O alvorecer do século XXI encontrou a política em estado de grande desprestígio e a democracia representativa sob escrutínio severo em diferentes partes do mundo.” (BARROSO, 2017, p. 9).

> Quanto mais a democracia – sob sua dupla forma de organização política e social – se emancipa, mais ela procura na justiça uma espécie de salvaguarda, o que traduz a profunda unidade no fenômeno do aumento de poder da justiça. (...) O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política (GARAPON, 1999, p. 27).

Em recente palestra em São Paulo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, acentua a preocupação com agigantamento das causas sociais demandadas no judiciário, reforçando a inquietude em relação à deslegitimação dos poderes políticos, em face do "grande desprestígio e a democracia representativa", destacando, ainda, ser não menos importante a intensa judicialização da vida, que transfere para juízes e tribunais as decisões de grandes questões políticas, econômicas, sociais e éticas, muitas vezes, por falta de articulação e consenso dos órgãos representativos (BARROSO, 2017b, p. 9).

Há um campo de escape das instituições tradicionais, por não atenderem a contento as demandas da população e uma busca por soluções em outros espaços; e o judiciário tem sido adequado, desde que seja eficiente na consecução das tarefas, antes negligenciadas pelos outros poderes. Diante dessa nova circunstância legitimadora, Celso Fernandes Campilongo aponta que "Parece existir, por enquanto, uma via de mão dupla na relação entre o Judiciário e o cidadão. O cidadão deposita no Judiciário a confiança que perdeu nos outros poderes e os magistrados são guardiões às pretensões dos que buscam os tribunais" (CAMPILONGO, 1994, p. 121).

O ato de levar para dentro da constituição matérias de âmbito político advém, também, de ato de desconfiança, especialmente nas instituições políticas. "A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa" (VIEIRA, 2007, p. 443). A posição de destaque que vem se acentuando sobre o judiciário não é mérito apenas do próprio Poder Judiciário, mas também é demonstração de demérito do sistema político, especialmente em não atender a contento as demandas advindas da sociedade.

O espaço de poder que deveria ser exercido pelos legítimos representantes do povo, à frente de orçamentos e máquinas administrativas, é esvaziado pela omissão em criar, implantar e concretizar políticas públicas e ações governamentais capazes de zerar ou minorar o *déficit* social, econômico e cultural da sociedade, explicitando a "fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas" (VIEIRA, 2007, p. 457). É nesse vazio de competência política que o judiciário se insere como último bastião da cidadania, engrandecendo-se frente aos demais poderes da República, em termos de legitimação democrática.

> Dentre outros fatores, o ativismo judicial é exercitado em contextos de inércia, deliberada ou não, dos demais poderes de Estado. Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm

> os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões (VIEIRA, CAMARGO e GARRIDO, 2009, p. 44-45).

2.6.2. Conivência dos poderes políticos (deixa fazer)

O judiciário, mesmo sendo um dos poderes da República, não poderia se autoproclamar ou chamar para si as discussões de causas tão importantes para a convivência nacional. Não se encontra na atitude dos juízes ou dos tribunais a disposição para judicializar a política e o cotidiano. Além disso, é preciso asseverar que há, implicitamente, uma aceitação tácita dos outros poderes acerca do protagonismo do judiciário para resolução de questões políticas; especialmente aquelas consideradas conflituosas, que poderiam trazer dissabores para partidos ou líderes políticos quando deliberadas no âmbito da Política. Acaso a judicialização estivesse a invadir deliberadamente e, por ação unilateral do próprio judiciário, os poderes políticos contornariam essa intromissão indevida com medidas parlamentares e até constitucionais. “A afirmação da supremacia judicial... não pode acontecer ou se manter sem o suporte tácito ou explícito de atores políticos influentes” (HIRSHL, 2009).

> No mínimo, a transferência de ‘abacaxis’ políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse. (HIRSHL, 2009, p 165)

O Estado apresentado e prometido pela Constituição Federal de 1988 é de característica do bem-estar social, do incentivo ao desenvolvimento, especialmente para erradicação da pobreza, da concretização dos direitos individuais e sociais. Mesmo diante dessas promessas e das intenções constituintes, o “[...] Estado que se apresenta como de bem-estar, mas se executa como de mal-estar” (MORAIS, 2011, p. 60), não tem correspondido às expectativas e não tem feito a devida entrega dos direitos prometidos, forçando o povo expectador a ir em busca de sua realização, e o canal institucional próximo e acessível tem sido, em última instância, o Poder Judiciário.

> Há que se considerar que a falta de efetivação do projeto constitucional brasileiro, bem como a democratização do acesso à jurisdição – em suas diversas facetas – têm como consequência a atribuição de um papel de relevância ao Poder Judiciário – proliferam-se

> a cada dia demandas em torno de direitos sociais inalcançados, o pleito acerca de conteúdos não ofertados pelo gestor público (o direito à saúde é um exemplo privilegiado), a intervenção em decisões políticas por variados fundamentos, a ressignificação do texto constitucional (o casamento homoafetivo evidencia isso), etc.
> Com isso, cada vez mais, questões que anteriormente eram – deveriam ser – demandas políticas se transformam em contendas judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política. (MORAIS, 2016, p. 66).

Os crescentes desarranjos políticos e sociais encontram na judicialização um caminho a ser trilhado para resolução de conflitos insolúveis no fórum adequado, qual seja, o parlamento. Não há consenso, ou maioria dominante, capaz de discutir e aprovar grandes temas nacionais, especialmente aqueles ligados a causas polêmicas, que envolvem dogmas religiosos, morais e culturais. Não só parlamento se ressente de falta de legitimidade e representatividade. Os governos dificilmente têm conseguido maiorias para governar, estabelecendo seu próprio plano de ação; necessitando, quase sempre, de coalizões que, muitas vezes, apenas garantem a chamada governabilidade.

"A renúncia diante da dificuldade de julgar é outra expressão da crise do político" (GARAPON, 1999, p. 160), conduzindo para o campo judiciário a discussão e a decisão de temas relevantes para a sociedade e, muitas vezes, que seriam objetos de reserva do campo político. No entanto, por entender ser a decisão uma "escolha trágica", que trará prejuízos eleitorais, os poderes políticos se omitem e, por omissão, remetem tal resolução para o judiciário, que, uma vez acionado, não pode se furtar a apresentar uma resposta para a sociedade, especialmente quando diante de conflitos com os direitos humanos e fundamentais. "Recorre-se à justiça para que tome lugar do fator político exatamente por que ela não pode deixar de decidir, correndo inclusive o risco de se expor à condenação da comunidade científica ou da opinião pública" (GARAPON, 1999, p. 161).

> Mais da metade das leis questionadas em sua constitucionalidade e julgadas no mérito pelo Supremo Tribunal Federal em 2016 foram retiradas do ordenamento jurídico. Em 68 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) entre as mais de 1.700 em tramitação analisadas pelo Plenário da corte, foi questionada a constitucionalidade de 62 leis, das quais 41 foram consideradas inconstitucionais, de acordo com levantamento do Anuário da Justiça. Ou seja, de cada três normas analisadas, duas foram consideradas em desconformidade com a Constituição.[24]

Antoine Garapon cita um exemplo dessa omissão dos poderes políticos, deixando ao poder judiciário o encargo de agir e decidir questões eminentemente políticas.

---

[24] (**De cada três leis, duas foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2016.** 2017. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35272,2#null>. *Acesso em* 15 mai. 2017.)

> Mas as recorrências ao juiz permitem também ao governo despolitizar um conflito provocado por questões morais politicamente difíceis, que transcendem restrições políticas tradicionais. Os exemplos são muitos: um dos últimos ocorreu na África do Sul, onde a pena de morte foi abolida em 6 de junho de 1995 pelo Supremo Tribunal e não, como se esperava, pelo Parlamento. (GARAPON, 1999, p. 157)

2.6.3. Disputa entre os poderes (refaz)

Há de se destacar, ainda, como causa da jurisdicionalização da política e, por consequência, do cotidiano, o fator inconformismo com as decisões políticas, como forma de não estabilização dos conflitos e dos interesses conflitantes. Não raras vezes, as demandas são postas para discussão, apreciação e votação nas casas legislativas e, quando o resultado é proclamado, a reação dos vencidos é recorrer ao Judiciário para (re)discussão da matéria, desta feita sob o aspecto da judiciabilidade da demanda antes posta em termos políticos. Neste aspecto, temos a superação legislativa pela jurisprudência e um ativismo judicial. Tome-se, por exemplo, o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade de Lei Estadual do Ceará, considerando inconstitucional a prática da vaquejada. [25]

Ainda sob este aspecto do inconformismo, é possível apontar, também, a via de mão dupla nas relações entre os poderes, a reação legislativa às atuações judiciárias. Não são poucas as vezes em que o parlamento atua para contornar uma decisão judicial, que contraria votações políticas-partidárias. Neste outro aspecto, temos a superação jurisprudencial pela legislativa e um ativismo parlamentar. No mesmo exemplo acima citado, o caso da vaquejada, o parlamento brasileiro, utilizando-se de uma emenda constitucional, contornou a decisão do supremo, votando e aprovando a Emenda Constitucional 96/2017, que libera a prática da vaquejada.[26]

E o inconformismo não para, tornando a vida política e pública uma discussão infindável, num círculo de vai-e-vem. Registre-se que, logo após a promulgação da Emenda 96/2017, o

---

[25] STF julga inconstitucional lei cearense que regulamenta vaquejada: O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que considerou haver "crueldade intrínseca" aplicada aos animais na vaquejada. (Informação extraída do site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838 >. *Acesso em* 12 jul. 2017).

[26] Promulgada Emenda Constitucional que libera prática da vaquejada: Em sessão realizada nesta terça-feira (6), a Mesa do Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 96, que libera práticas como as vaquejadas e os rodeios em todo o território brasileiro. (Agência Senado. Informação extraída do site do Senado Federal. Disponível em: < http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/06/promulgada-emenda-constitucional-que-libera-pratica-da-vaquejada>. *Acesso em* 12 jul. 2017).

Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5728) no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a referida norma e trazendo, novamente, para o âmbito judicial – jurisdicionalização – a discussão acerca da matéria.[27]

Enquanto houver caminhos institucionais, os participantes do processo político percorrerão para rediscutir temas sociais, econômicos e de direitos fundamentais, encaminhando, quase sempre, essas questões para o âmbito do poder Judiciário, com a finalidade de alcançar a vitória e mudar o panorama da política pública estabelecida a seu favor ou do seu grupo de interesses. "Os processos encaminhados à Suprema Corte envolvem frequentemente alternativas sobre as quais há graves desacordos entre os integrantes da sociedade civil, como no caso da segregação ou regulação econômica, ou seja, a esfera processual é 'política'" (DAHL, 2009, p. 26).

Numa análise da obra de Antoine Garapon, "O Juiz e a democracia, o guardião das promessas", pode-se observar que o autor entrevia, já naquela época, a "inflação do judiciário", em vista do "desamparo da política". "Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública..." (GARAPON, 1999, p. 24). Em vista desse aspecto institucional, o judiciário se apresenta como solução segura e viável, especialmente de grupos que não possuem maioria parlamentar. Conforme nos ensina Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p. 109-111),

> O controle judicial oferece, como grande vantagem, a possibilidade de que as minorias (partidárias, raciais, religiosas, culturais), sem acesso formal ou real ao centro do poder deliberativo, possam, vislumbrando alguma afronta ao ordenamento constitucional, influir, por via oblíqua, no processo político, retirando-as da posição marginal a que rotineiramente são relegadas. [...] Aqui, mais que democraticamente legítima, a atuação dos tribunais é pressuposto essencial para a própria existência do sistema democrático. E esse papel é possível porque o Judiciário deve atuar de modo imparcial, ao contrário de legisladores e administradores.

Marcos Paulo Veríssimo aponta, como fator de ascensão do Poder Judiciário, a formatação dada na Constituição de 1988 ao poder executivo, com amplos poderes para implementar, aprovar e coordenar a agenda política nacional, transformando esse poder no condutor *mor* das políticas públicas e legislativas. Esse fato teria contribuído para, em vista desse fator

[27] ADI questiona emenda constitucional que permite a prática de vaquejada: O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5728), no Supremo Tribunal Federal (STF), para questionar a Emenda Constitucional (EC) 96/2017, que considera como não cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Durante sua tramitação no Congresso Nacional, a proposta ficou conhecida como a PEC da Vaquejada. (Informação extraída do site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571 >. *Acesso em* 12 jul. 2017).

determinante, o judiciário passar, obrigatoriamente, a ter "competência de controle", com a finalidade de conter o poderio auferido ao executivo, contrabalanceando os poderes. Desta forma, o Judiciário passou a ser "um importante fórum de contestação de políticas públicas e projetos de governo, em uma espécie de 'segunda instância deliberativa', que passou a ser largamente utilizada tanto pela sociedade civil quanto pelos partidos de oposição" (VERÍSSIMO, 2008, p. 409).

E não são poucas as causas eminentes de natureza política que, após discussão e votação nos parlamentos, são prontamente levadas para análise do Poder Judiciário, para fins de reexame da matéria, num segundo turno de votação, a comprovar a assertiva de que o Judiciário passou a ser uma "segunda instância deliberativa" da política tradicional. Anote-se que o destaque desse tipo de atuação seja concentrado no Supremo Tribunal Federal, até pela sua ascensão como órgão de cúpula do Poder Judiciário. Essa prática se apresenta, também, em instâncias inferiores, como decisões acerca de eleições para câmaras de vereadores[28], posse de prefeitos, entre outros.

[28] Judiciário em Bacabal anula eleições para Mesa Diretora da Câmara de Vereadores: Uma decisão proferida pelo juiz Marcelo Moreira, titular do Juizado Especial Cível e Criminal e respondendo pela 1ª Vara de Bacabal, declarou nulas as duas eleições realizadas no dia 1º de janeiro para escolha da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores de Bacabal. A decisão judicial determina que uma nova eleição seja realizada para escolha da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores. Antes dessa eleição, o vereador que estiver na presidência da casa deverá dar posse, caso preenchidos os requisitos legais, aos vereadores eleitos João Garcez Filho e João da Cruz Rodrigues.

CAPÍTULO III – O JUDICIÁRIO COMO *POLICYMAKER*

3.1. Momentos de atuação do judiciário

Em termos estruturais (*polity*), o judiciário sempre foi estudado como o poder da jurisdição, de dizer o direito; sua função típica formulada pelo constituinte. Enquanto os poderes legislativo e executivo detinham o poder de legislar e administrar, respectivamente. Essa visão tradicional circunscreve e encerra a atuação do judiciário apenas como um órgão burocrático e não como um poder político, como ditado pela Constituição.

No que diz respeito à análise política, igualmente, o judiciário ficava de fora do aspecto de partícipe na formulação das políticas públicas. Com o tempo e as demandas sociais, o judiciário foi, pouco a pouco, sendo admitido a, pelo menos, controlar a legalidade dos atos dos demais poderes, sem, no entanto, entrar no mérito legislativo ou administrativo. Mais a frente, convém à admissão do exame do mérito administrativo e, hodiernamente, já se refere ao judiciário como partícipe ativo e construtor de políticas públicas.

A maioria das análises políticas propõe a delimitação dos poderes das instituições republicanas, acentuando que políticas públicas se circunscrevem a realização e concretização de um "(...) instrumento do Estado, *em especial do Executivo e do Legislativo,* de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais (...), *passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário*." (DIMOULIS, 2007, p. 285), a comprovar o conceito e a delimitação que permeia o papel de cada poder em termos de políticas públicas.

O Judiciário, enquanto poder político, possui legitimação para participar do processo de políticas públicas, tanto na formulação, quanto na implantação. No sistema democrático, o Poder Judiciário possui poderes políticos e não somente jurídicos. Suas decisões e suas ações possuem reflexos sociais, econômicos e políticos, carecendo, portanto, de responsabilidade política diante dos demais poderes da República. "A interpretação judicial, pretenda-se ou não, há que ser um ato politicamente responsável. Sem o que, aliás, inexiste Poder Judiciário. Existe só 'judiciário'" (FALCÃO, 2001).

Em termos processuais, quando analisamos a atuação do judiciário nos processos coletivos levando a discussão acerca de políticas públicas envolvendo direitos sociais, é possível identificar

duas formas de atuação do judiciário que se acentuam, sem prejuízo da análise de outras formas menos impactantes e ocorrentes. A primeira, para controlar as políticas públicas, provocado por interesses divergentes à implantação de uma política pública, o judiciário pode, analisando os aspectos formais, impedir a sua realização, corrigir rumos da sua aplicação ou estabelecer critérios para sua adequação aos ditames normativos pré-estabelecidos; nesse caso, a análise é procedimental, ou seja, se circunscreve a analisar sua regularidade formal. Pode-se nominar essa forma de atuação de justiça processual.

Na segunda forma, o judiciário se insere no mérito, ora modificando a política pública em seus aspectos intrínsecos e de mérito, ora formatando verdadeiras políticas públicas com decisões acerca de direitos fundamentais cobrados via judicial; nesse caso, o judiciário analisa a substância da própria política pública e não apenas sua processualística. Em termos de definição, pode-se chamar essa atuação de política judicializada.

Como dito, há muitas outras maneiras de intervenção do judiciário na seara das políticas públicas. No entanto, as duas formas apontadas se destacam e se materializam em termos de estudos de casos e pesquisas empíricas. Em termos de intervenção, há basicamente três tipos de formas de intervenção do judiciário em se tratando de políticas públicas, que se pode catalogar pelos momentos de atuação do judiciário nos processos de implementação, formulação e substituição da política adotada. O judiciário age (sempre que provocado) antes da formulação da política pública, na fase de formulação e durante a execução das políticas públicas.

3.1.1. Fase pré-políticas públicas

Nesta fase, anterior a formulação da política, muitas vezes o Estado encontra-se em omissão frente a uma necessidade ou problema social a ser aplacado. Os interessados, ante a omissão permanente ou já em mora do Estado, redirecionam suas pretensões para o judiciário, exigindo o cumprimento de direitos fundamentais, por meio do devido processo legal, estabelecido na Constituição Federal.

A atuação do judiciário, nesse caso, tem sido apontar a mora e encaminhar o comando judicial para os poderes políticos (executivo e legislativo) providenciarem a política adequada à resolução da problemática apontada. Trata-se de uma atuação visando criar políticas públicas, não diretamente pelo judiciário, no seu âmbito, mas por meio de medidas de advertências,

notificatórias ou, até mesmo, coercitivas, tendentes a fazer com que o responsável pela política pública adequada se movimente e concretize a garantia de um direito fundamental lesado ou em vias de perecimento.

Um exemplo notório dessa atuação pré-políticas públicas é o da Lei Maria da Penha, que estabelece políticas públicas de proteção e segurança da mulher e "cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (...)"[29].

O Brasil vinha, reiteradamente, descumprindo um dever assumido internacionalmente, uma vez que, com a finalidade de buscar a realização de um tratamento especial às mulheres, em 1979, a Organização das Nações Unidas aprova a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e, em 1994, aprovou-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará"). O Brasil ratifica a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1984, sem, no entanto, apresentar ou formular qualquer política pública capaz de promover o compromisso internacional assumido.

Diante dessa omissão e dos abusos enfrentados pelas mulheres em todo país, um caso paradigma, o da senhora Maria da Penha, foi encaminhado, por meio de entidades de defesa dos direitos da mulher, para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos[30]. A decisão da Comissão, componente do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, condenou o Brasil pela omissão e encaminhou a necessidade de implementação da política pública adequada para proteção da mulher. A Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é uma imposição de uma

---

[29] Parte da ementa da Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu dupla tentativa de homicídio por parte de seu então marido dentro de sua casa, em Fortaleza, Ceará. Passados mais de 15 anos do crime, apesar de duas condenações pelo Tribunal do Júri do Ceará (1991 e 1996), ainda não havia uma decisão definitiva, forçando a vítima e entendidas defensoras dos direitos da mulher a levarem o caso à CIDH/OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos).

[30] "A CIDH é o órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e tem sua sede em Washington, D.C. Foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), instalada em 1979, é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH)." (Disponível em http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp, *Acesso em:* 21 ago. 2017).

instituição jurídica transnacional para que o poder político nacional pudesse elaborar e implementar a política pública adequada à garantia de um direito humano.

> Apesar de condenado pela Justiça local, após quinze anos o réu ainda permanecia em liberdade, valendo-se de sucessivos recursos processuais contra decisão condenatória do Tribunal do Júri. A impunidade e a inefetividade do sistema judicial frente à violência doméstica contra as mulheres no Brasil motivou, em 1998, a apresentação do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), por meio de petição conjunta das entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher). Em 2001, após 18 anos da prática do crime, em decisão inédita, a Comissão Interamericana condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica (PIOVESAN e PIMENTEL, 2002: A3).

No âmbito nacional, para efetivação de políticas públicas e concretização de direitos fundamentais, o legislador constituinte também equipou a cidadania, por meio individual ou coletivo, mediante instrumentos processuais, tais como o mandado de segurança (individual e coletivo)[31], a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão[32] e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tais instrumentos processuais, uma vez julgados procedentes, tem o condão de tornar em omissão os poderes políticos responsáveis pela elaboração da política pública e, em alguns casos, implementar a própria medida pretendida, antes mesmo da elaboração da política pública futura.

---

[31] CF/88 – Art. 5º
LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;
[32] CF/88 – Art. 103
§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.
CF/88 – Art. 102
§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

3.1.2. Fase de implementação das políticas públicas

Outro momento de ação do judiciário ocorre quando a política pública foi formulada e encontra-se sendo executada pelo poder público responsável. Há intervenção do judiciário[33], quando acionado, para controle da constitucionalidade da política pública adotada ou, ainda, redimensionamento de seus efeitos frente a outros direitos fundamentais afetados.

"Um segundo tipo de situação se configura naqueles casos em que o tribunal examina a compatibilidade da política pública com o princípio jurídico aplicável e, portanto, sua idoneidade para satisfazer o direito em questão" (ABRAMOVICH, 2005, p. 201). Temos que uma política pública foi implementada, mas há questionamentos a serem enfrentados em vista de possíveis ferimentos a direitos fundamentais. Nesse caso, o judiciário intervém para julgar a compatibilidade da política adotada com os direitos fundamentais apresentados como prejudicados, podendo interromper a política pública, mantê-la incólume ou impor circunstâncias condicionantes para o seu melhor aperfeiçoamento.

> Importante destacar que, nesse tipo de caso, a atuação judicial na etapa de execução não consiste na imposição compulsória de uma condenação, entendida como uma ordem detalhada e auto-suficiente, como por exemplo a imposição da obrigação de pagar um valor líquido e exigível; é dada continuidade a uma instrução determinada em termos gerais, cujo conteúdo concreto vai sendo construído ao longo da instância, a partir do "diálogo" entre o juiz e a autoridade pública. De modo que a sentença, longe de constituir a culminação do processo, opera como um ponto de inflexão que modifica o sentido da atuação jurisdicional: uma vez ditada a sentença, cabe ao Estado planejar o modo de cumprir as instruções do juiz, e o tribunal se limitará a controlar a adequação das medidas concretas adotadas a partir do mandado expedido. (ABRAMOVICH, 2005, p. 207)

Nessa forma de atuação, como controlador das políticas públicas, "a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público" (GRINOVER, 2011, p. 7). A denominada "Judicialização da Saúde" é um fenômeno que se adequa a essa fase de intervenção do judiciário nas políticas públicas. Há uma política pública sanitária desenvolvida e implantada pelos poderes

---

[33] O Supremo Tribunal Federal (2014), em sede da ADPF n. 45 reconhece a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas sustentando que, "Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional".

legislativos, e executada pelo executivo. No entanto, em algumas situações excepcionais, essa política não consegue atender, a contento, a necessidade da população pelo direito à saúde, havendo necessidade de intervenção do judiciário para garantia desse direito fundamental.

Nesta fase, momento de controle das políticas públicas, o judiciário é um ator reativo: não participa de seu processo criatório, mas intervém como participante acionado e age, de forma indireta, no processo regulatório. "[...] participação do judiciário no processo decisório é primariamente 'reativa', ou seja, principal instrumento através do qual se dá essa intervenção é o de controle de constitucionalidade" (RIBEIRO, WERNECK E PEIXOTO, 2009, p. 9).

3.2. Atuação como formulador de políticas públicas (*policymaker*)

Uma das facetas modernas do constitucionalismo é a possibilidade do judiciário, enquanto poder político, formular suas próprias políticas públicas, as quais se podem nominar de "políticas judiciárias" e, também, transmutar políticas públicas originárias de outros poderes em novas políticas públicas, com roupagem do próprio judiciário. O judiciário age, nesses casos, como verdadeiro ator político, equidistante do processo judicial tradicional, enveredando por métodos decisórios de caráter político, voltado à concretização direta da constitucional e das normas garantidoras dos direitos fundamentais. Assim, nos termos propostos, há uma inserção como forma de "interpretação, julgamento e reorientação da produção legislativa, seja indiretamente, como ator estratégico, cujas atribuições e preferências influenciam as escolhas dos atores legislativos e executivos" (RIBEIRO; WERNECK; PEIXOTO, 2009).

> [...] o Judiciário no Brasil pode exercer – e já exerceu em algumas ocasiões – poder de veto em determinados processos decisórios envolvendo políticas públicas. Contudo, diversos outros momentos da nossa história recente, o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal agiram no sentido de reforçar preferências políticas alinhadas com a agenda da coalizão governante, exercendo assim uma função que poderia ser interpretada como majoritária. (RIBEIRO, WERNECK E PEIXOTO, 2009, p. 3).

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal avançou no entendimento da possibilidade do judiciário pautar políticas públicas a serem implementadas por outros poderes. A decisão adveio em sede de Recurso Extraordinário 592.581, com repercussão geral, cujo objeto de discussão era a obrigação de fazer obras em unidades prisionais para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, que se encontram encarcerados por parte do Estado do Rio Grande do Sul. Em seu voto, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, assentou a responsabilidade do

Estado e a possibilidade do judiciário impor essa obrigação ao poder executivo, dando mais um passo no processo de imposição de políticas públicas pelo judiciário a outras instâncias governamentais e, por unanimidade, o Tribunal reconheceu a seguinte tese de repercussão geral:

> É lícito ao Judiciário impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.[34]

É de se destacar que o Recurso Extraordinário (RE) não é uma ação originária do Supremo Tribunal Federal. A ação que pede a medida decidida em última instância pela Corte Suprema tem início em primeira instância, na 2ª Vara Cível da Comarca de Uruguaiana – RS, em Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Estadual, e o acórdão, objeto do RE, adveio da 21ª Câmara Cível do TJRS, na Apelação e Reexame Necessário (Processo n. 70022363717) contra a sentença de primeiro grau, que havia deferido o pedido inicial do Ministério Público. O destaque é importante para acentuar o movimento do judiciário, como um todo, e não apenas de seu órgão de cúpula, muito embora esse receba mais destaque por ser o *decisum* final.

É de se registrar ainda que, em ações originais e de sua própria execução, o judiciário tem criado e implementado políticas públicas. Nesse caso, as medidas são criadas e implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão não jurisdicional, encarregado de administrar e fiscalizar o Poder Judiciário Nacional. Um exemplo categórico dessa faceta programática do judiciário é a implantação da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico pátrio, como política pública que envolve, inclusive, outros poderes, a ser tratada em seção própria, devido a sua proeminência como exemplo de política pública criada e implementada pelo próprio judiciário.

3.2.1. O Conselho Nacional de Justiça como formulador de políticas públicas

Como visto, o judiciário se insere no plano constitucional de poder político com responsabilidades para fazer cumprir o conteúdo programático da Carta Política, não podendo permanecer na típica descrição de poder técnico-jurídico. A legitimidade dos juízes e tribunais

---

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 13 ago. 2015. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>. *Acesso em* 14 jul. 2017).

ganhou força ultimamente, especialmente pelo protagonismo do Supremo Tribunal Federal e, também, pela atuação administrativa e planejadora de políticas públicas do Conselho Nacional de Justiça.

O estudo das políticas públicas (*policy studies*) e sua implementação envolve a coleta de dados, o planejamento, as escolhas públicas até a concretização, com a implementação, passando, ainda, pela avaliação das políticas públicas escolhidas. Trata-se de um processo cada vez mais orientado por dados e análises (*policy analysis*). Nesse contexto, o judiciário tardou a entender a nova dinâmica demandada pela sociedade brasileira, especialmente pela ânsia de concretude do texto constitucional. A administração pública dos poderes executivo e legislativo começou o estudo e análise das políticas públicas bem antes do judiciário. A inexistência de um órgão nacional de planejamento acarretava o afastamento do Judiciário da busca pela resolução de grandes problemas na área política, social e, também, na própria área judiciária. Isso perdurou até a instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Criado pela Emenda Constitucional 45, de 2004 (denominada Reforma do Judiciário), o CNJ teve a finalidade de ser o órgão administrativo (não jurisdicional) encarregado de elaborar estudos e formular políticas públicas para o todo o judiciário nacional. Antes da E.C. nº 45/2004, os diversos tribunais (estaduais, federais, trabalhistas, militares e superiores) não possuíam um órgão centralizador de uma política unificada para todo Poder Judiciário nacional. Não havia, também, a necessária prestação de contas por suas ações e eficiência. O CNJ, inicialmente, surgiu com desconfiança e resistência dentro do próprio judiciário[35]. No entanto, ao longo de mais de dez anos de sua implementação (a primeira sessão realizada em 14 de junho de 2005), tem se mostrado como vetor de "janelas de oportunidades políticas" (*policy windows*)[36] para o desenvolvimento de políticas públicas para aprimoramento da função jurisdicional e, ainda, de políticas públicas que extrapolam os limites de atribuições do próprio Poder Judiciário.

Entre as variadas atribuições do CNJ, estabelecidas no art. 103-B, § 4º da Constituição Federal, se destacam a de "controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário" e

[35] A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contestou a criação de um órgão independente para fiscalizar e definir planejamentos administrativos para o Poder Judiciário, via ADI nº 3.367-1, que foi julgada improcedente pelo STF, em 13/05/2005.

[36] "Janela de oportunidades" apresenta um conjunto de condições favoráveis a alterações nas agendas governamentais e de decisão e à entrada de novos temas nestas agendas. (BAPTISTA; REZENDE, 2011)

de "zelar pela observância do art. 37"[37], sendo consectários desses comandos a atribuição de, também, apresentar um planejamento estratégico, com definição de planos e metas, além de avaliação dos programas a serem executados por todos Poderes Judiciários nacionais. Dessa forma, o judiciário passou a ter um órgão de governança, responsável pela elaboração de políticas públicas, *interna corporis*, que se pode denominar de políticas judiciárias.

O Conselho Nacional de Justiça, embora órgão integrante do Poder Judiciário nacional, tem composição híbrida, uma vez que é formado por integrantes do judiciário – como ministros e magistrados – mas também por membros do Ministério Público – advogados e, inclusive, cidadãos "de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal"[38] – constituindo-se em órgão judiciário com participação da sociedade, visando legitimar democraticamente o Conselho para suas atribuições de modernizar e apontar caminhos para o Judiciário nacional.

O surgimento de um órgão de governança possibilita ao Poder Judiciário planejar e implementar políticas públicas diretamente, sem que precise intervir de forma a controlar ou aperfeiçoar políticas planejadas e implementadas pelos outros poderes. Enquanto controlador, o judiciário age provocando (judicialização), podendo manter a política da forma proposta, revogar a política quando entender ser inconstitucional ou ilegal, ou redirecionar a política, adequando-a às exigências legais e constitucionais. Na posição de criador, através do Conselho Nacional de Justiça, o judiciário planeja, implementa e avalia suas próprias políticas públicas, sem necessidade de ser provado (autoadministração). Nesse caso, a criação do CNJ, possibilita ainda mais a expansão do Poder Judiciário para o campo político, trazendo o judiciário para a arena política, juntamente com outros atores importantes, responsáveis pela concretude de direitos

---

[37] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[38] De acordo com o art. 103-B da Constituição Federal, o CNJ compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

sociais, estabelecendo "[...] a conformação de um cenário para a ação social substantiva a dos partidos políticos e das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e, até mesmo, para a adjudicação da cidadania." (VIANNA *et al*, 1999, p. 22).

O Estado brasileiro tem obrigação de planejar e implementar políticas públicas voltadas para assegurar a dignidade de seus cidadãos (RAMOS, 2002, p. 75), sendo certo que o Poder Judiciário integra um dos poderes do Estado brasileiro, devendo, portanto, ser responsável pela implementação de políticas públicas. A legitimação advém do texto constitucional, dos comandos principiológicos e normativos, que demandam atuação proativa na concretude de uma sociedade livre, justa e solidária CF/88, (art. 3º). Desta forma, "torna-se claro que o Judiciário precisa ser melhor incorporado às nossas análises do sistema político. De outra maneira, o processo de decisão política será incorretamente compreendido" (TAYLOR, 2007, p. 237).

O Conselho Nacional de Justiça deu novo *status* ao Poder Judiciário, na temática de políticas públicas, ampliando a possibilidade de participação em assuntos de elevada importância para a sociedade brasileira. A Lei n. 11.364/2006[39], institui, dentro do CNJ, o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ)[40], com a finalidade de ser instrumento de realização de pesquisas e diagnósticos dos problemas estruturais e conjunturais do Poder Judiciário, além de, expressamente, determinar a formulação de políticas judiciárias. É a primeira vez que uma norma legal expressamente pontua a necessidade de o judiciário formular políticas públicas (gênero), denominando de políticas públicas judiciárias (espécie), levando-se em consideração que as políticas públicas apresentam características econômicas e sociais, possuindo "um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja de impulsionar o desenvolvimento da Nação,

---

[39] Art. 5o Funcionará, junto ao Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ, com sede na Capital Federal.
§ 1o Constituem objetivos do DPJ:
I – realizar o levantamento de dados destinados a subsidiar a elaboração do relatório anual do CNJ, na forma do disposto no inciso VII do § 4o do art. 103-B da Constituição Federal;
I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.618, de 2007);
II – desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira;
III – realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário;
IV – fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias;
V – construir e disponibilizar sistemas de informação e disseminação de conhecimentos atinentes a suas áreas de competência.
V – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.618, de 2007).

[40] (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciais. Apresentação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-e-quem/departamento-de-pesquisas-judiciarias-dpj>. Acesso em: 08 dez. 2017).

através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos" (APPIO, 2008, p. 136). Afinal, "proporcionar o desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais" (BERCOVICI, 2006, p. 144).

Há exemplos de determinação de construções de políticas públicas pelo judiciário em resoluções e outros atos normativos do próprio Conselho Nacional de Justiça, tais como a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça[41], trazendo como atributo principal a incumbência de que,

> [...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

E na Recomendação nº 11 de 22/05/2007[42]:

> Recomenda aos Tribunais relacionados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal de 1988, que adotem políticas públicas visando à formação e recuperação de um ambiente ecologicamente equilibrado, além da conscientização dos próprios servidores e jurisdicionados sobre a necessidade de efetiva proteção ao meio ambiente, bem como instituam comissões ambientais para o planejamento, elaboração e acompanhamento de medidas, com fixação de metas anuais, visando à correta preservação e recuperação do meio ambiente.

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão administrativo do Poder Judiciário e presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, que rege sua pauta e dita sua agenda, fazendo implementar programas e ações que, muitas vezes, são pautas advindas do próprio STF. Destaque-se ainda que, as ações desenvolvidas pelo CNJ, na maioria das vezes, são confirmadas pelo controle judicial do próprio STF. Desta forma, é importante, acentuar a figura do próprio Supremo como construtor de políticas públicas no Brasil. Muito embora o processo de judicialização seja afeto a todo o Poder Judiciário, juízes e tribunais, não há como deixar de afetar destaque especial para o órgão de cúpula do sistema judicial, isto é, o Supremo Tribunal

---

[41] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº. 125/10. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em 08 dez. 2017.

[42] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº. 11/2006. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=867>. Acesso em 08 dez. 2017.

Federal, em vista da proeminência e força normativa de suas decisões. O caráter vinculante de algumas de suas decisões e súmulas é determinante para uma análise em apartado de seu protagonismo diante do fenômeno da judicialização da política.

Na democracia brasileira, muito se discute sobre a quem é reservada a última palavra em termos de constituição. Não há, na Constituição Federal, nenhum parâmetro seguro para indicar que um poder tenha prevalência sobre outro. Ao contrário, o próprio texto constitucional exige que os poderes sejam independentes e harmônicos entre si[43], revelando um nivelamento entre eles em termos de atribuições e repartições de competências.

Entretanto, em termos de interpretação da constituição, há uma forte corrente a enveredar pela linha exegética e que o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, tem a última palavra, esposado, especialmente, na disposição constitucional de que o STF seria o guardião da constituição[44]. Há, em sentido contrário, aqueles que contestam essa assertiva, sob o pálio de que não deve haver prevalência de um poder sobre o outro e, ainda, que numa democracia, se houver prevalência, essa deverá recair sobre o poder político e eleito, como forma de preservar os valores democráticos da nação.

> Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. (COMPARATO, 1998, p. 43-44).

Especialmente no que se refere ao nosso Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal de 1988 o coloca como órgão de cúpula do Poder Judiciário, fazendo-o, portanto, integrante do Judiciário. Diferentemente das Cortes Constitucionais do modelo Europeu, que possuem composição diferenciada e não integram o Judiciário, sendo órgão não somente de natureza política, mas de composição e atribuições definidas como de política institucional. Algumas características das cortes constitucionais são explicitadas, em resumo pontual, pelo professor Marcos Paulo Veríssimo, em seu artigo "A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo, 'à brasileira'", que merece transcrição:

---

[43] CF/88 – Art. 2º São Poderes da União, *independentes e harmônicos entre si*, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (Grifo Nosso)

[44] CF/88 – Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, *a guarda da Constituição*, cabendo-lhe (...).

> Uma corte constitucional desse tipo possui, como sabido, certas características próprias, adicionais a essa já mencionada, ligada à concentração de competências exclusivamente em temas de interpretação constitucional. Muito esquematicamente, elas seriam as seguintes: (i) posição institucional apartada do judiciário (não são, em outras palavras, órgãos de cúpula do judiciário, mas sim órgãos autônomos, apartados e desvinculados da estrutura organizacional do poder judiciário); (ii) competência exclusiva ou semi-exclusiva de controle constitucional (o que significa que os sistemas que adotam esse modelo não permitem, em geral, que outros magistrados sem assento na corte pratiquem qualquer modalidade de controle constitucional); (iii) mandatos fixos para os integrantes da corte (não há garantias de vitaliciedade, próprias à magistratura em geral, mas sim termos fixos em que os magistrados terão assento na corte); (iv) indicação política de magistrados para a corte, por meio de esquemas variados de nomeação ou eleição destinados, em geral, a repartir os poderes de indicação entre Executivo, Legislativo e Judiciário; (v) controle de constitucionalidade por via de ação originária, praticado à vista da lei em tese (isto é, sem que exista qualquer litígio concreto para ser resolvido), com o efeito de retirar definitivamente a lei do ordenamento jurídico, em caso de declaração de inconstitucionalidade (eficácia *erga omnes*); e (vi) legitimação para a provocação do controle de constitucionalidade atribuída pontualmente a alguns poucos atores políticos. (VERÍSSIMO, 2008, p. 417).

Para a cientista política Maria Tereza Sadek, uma das referências no estudo do Poder Judiciário no Brasil, “Desde 1988, o Judiciário tem cumprido suas tarefas e crescido como ator político”. A pesquisadora, em entrevista ao Jornal Estadão, é peremptória ao afirmar que o judiciário é político, no sentido de poder e não de partidarismo. E que esse é um caminho sem volta na nossa sociedade.

> Supremo sem política é uma ilusão de rede social. O Judiciário é político. Ele não é partidário. Ele não pode ser partidário. Mas que é uma instituição política, ora, isso ele é. E mais: os ministros têm um papel político relevante. Essa é uma discussão tardia no Brasil. Nos EUA, a atuação política da Corte já é algo absorvido pela sociedade. A discussão é sobre o limite, sobre até onde podemos ir ou não. Obviamente que um governo de juízes não faz o menor sentido – porque aí você não teria nem pra quem apelar. (SADEK, 2016).

Não há um Judiciário mais poderoso no mundo do que no Brasil, sentencia Lenio Streck (2012).

> Legislativo *versus* Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário *lato sensu*, que, assim, fica mais forte Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia. Não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil.

Oscar Vilhena cunha o termo “Supremocracia” para justificar o tamanho a que chegou o Supremo Tribunal Federal no Brasil, agigantando-se frente aos outros poderes da República, criando uma democracia que saia de suas decisões, judicializadas. Ao decidir sobre tudo e, especialmente, quando apresenta novas interpretações para o texto constitucional, muitas vezes,

de forma a fazer inscrever, sem redução de texto, "[...] o que parece claro é que o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição" (VIEIRA, 2007, p. 456).

Para muito além da análise de controle de constitucionalidade das políticas públicas, o próprio Supremo ultrapassa esse limiar antes posto e avança no sentido de criar a própria política constitucional, ora interpretando a constituição, ora reescrevendo-a de forma sutil, através de novos métodos hermenêuticos e técnicas de interpretação conforme a constituição. "O Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores" (VIEIRA, 2007, p. 452).

> O próprio Ministro Celso de Mello enfrentou esta questão ao dizer que a Constituição conferiu ao Supremo "o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental", o que pode ser interpretado como uma leitura fiel do artigo 102 da Constituição. O ministro, no entanto, foi além ao adotar em seu voto as seguintes palavras de Francisco Campos: "A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte".[45] Este certamente é um passo muito grande, no sentido de conferir poderes legislativos, eventualmente de reforma constitucional, ao Tribunal. (VIEIRA, 2007, p. 455)

Em recente julgamento no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Teori Zavaski deixou assentado no seu voto que "a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é"[46]. O Supremo, por ser o órgão de cúpula do judiciário, e o de maior visibilidade, especialmente pelos grandes temas discutidos e julgados, passou a ser "um protagonista de primeira grandeza" (Sadek, 2011) na Democracia brasileira. Segundo Sadek (2004, p.79), a Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes, capacidade de agir politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. A Constituição de 1988 trouxe uma série de transformações para o Poder Judiciário e "colocou o STF em uma posição de absoluto destaque

---

[45] MS 26.603/DF, voto do Ministro Celso de Mello, p. 50.

[46] Relato destacado na coluna de Lenio Streck: O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. (Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos. *Acesso em* 11 ago. 2017).

na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação" (VERÍSSIMO, 2008, p. 410).

Esse protagonismo político do Supremo e do Judiciário tem criado não somente demandas internas a serem decidas no âmbito da jurisdição, mas também projetado nomes do judiciário para o campo eleitoral e político, mostrando a importância da atitude democrática no trato com as políticas públicas.[47] Não se pode concluir com isso que a pauta política enfrentada pelo judiciário possa ter relação com essa projeção, mas não deixa de ser um indicativo que a sociedade passa a acompanhar, também, a pauta do judiciário, antes refratária da opinião pública. Portanto, "a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco" (BARROSO, 2009, p. 09). Isto porque "a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático" (BARROSO, 2009, p.11).

> O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores (VIEIRA, 2007, p. 452).

3.2.2. Pactos republicanos entre os poderes do Estado

Não somente a criação e instalação do Conselho Nacional de Justiça representa a inserção do Poder Judiciário no cenário de decisões políticas importantes para o desenvolvimento do país. Outro exemplo de atuação proativa do judiciário, que representa seu envolvimento com as políticas públicas, são os Pactos Republicanos, consistentes em arranjos políticos-institucionais dos três poderes da República, com a finalidade de melhoramento da prestação jurisdicional e da elaboração e aprovação de leis que melhorassem o sistema de justiça brasileiro, estabelecendo o Poder Judiciário como um dos *policymakers* (formuladores de políticas). Segundo Heliana Hess, "o objetivo é a formação de políticas públicas por parcerias entre os três Poderes, para ajustar a

---

[47] Em pesquisa de intenção de voto realizada em dezembro de 2016 pelo Datafolha, apareceu o nome da ministra Cármen Lúcia com 1% da intenção de votos. (Ver pesquisa em: http://media. folha.uol.com.br/datafolha/2016/12/12/cd23e33607007a1b8a52e6f2b28266af2db3a4ac. Pdf. Acesso em: 16 jul. 2017).
E a notícia "Joaquim Barbosa diz que não será candidato à Presidência", publicada na Folha em 08/03/2014. (Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1422658-joaquim-barbosa-dizque-nao-sera-candidato-a-presidencia.shtml. Acesso em: 16 jul. 2017).

legislação complementar e tomar medidas positivas no que diz respeito ao orçamento e à infraestrutura, através do que se denominou Pactos Republicanos" (2011, p. 609).

O I Pacto Republicano nasceu em 2004 e foi intitulado de "I Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano" [48], do qual resultou a aprovação e a regulamentação da Súmula Vinculante e Repercussão Geral, da criação da figura dos processos repetitivos, da súmula impeditiva, entre outras inovações processuais, que visavam aprimorar o funcionamento da justiça.

O II Pacto Republicano[49] adveio no ano de 2009, quando os Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do STF firmaram compromisso por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, renovando a necessidade de aprovação de projetos integrantes do pacto anterior, ainda não apreciados pelo Congresso, e acrescentando novos projetos de lei. O II Pacto traz uma nítida proposta de implementação de políticas públicas, destacada nos seus eixos estratégicos e estruturantes, a saber: 1) proteção de direitos humanos e fundamentais; 2) agilidade e efetividade da prestação jurisdicional e 3) democratização do acesso universal à Justiça.

Um III Pacto Republicano começou a ser discutido pelos Poderes da República, mas ainda não foi concretizado[50], como destacado pela notícia no sítio eletrônico do próprio Supremo Tribunal Federal.

> Na cerimônia de abertura do Ano Judiciário 2011, o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, apresentou a proposta do III Pacto Republicano, com a intenção de dar continuidade ao processo de aprimoramento da ordem jurídica e consolidar o processo de modernização da máquina judiciária. Ele destacou a importância do trabalho conjunto que vem sendo realizado entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo para que sejam estritamente respeitadas as garantias constitucionais dos cidadãos, com o objetivo de que estes tenham, cada vez mais, acesso a uma Justiça rápida e eficiente.
> Ele enfatizou que os dois pactos lançados desde a promulgação da Emenda Constitucional 45 além de já mostrarem resultados efetivos no país, estão repercutindo internacionalmente. A iniciativa foi citada como peculiar mecanismo de aprimoramento de nossa ordem jurídica na II Conferência Mundial de Cortes Constitucionais, realizada

[48] BRASIL. Ministério da Justiça. I Pacto pelo Judiciário: pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452A8DF216PTBRIE.htm>. Acesso em: em 11 dez. 2017.

[49] II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm> Acesso em 11 dez. 2017.

[50] Ministro da Justiça discute III Pacto Republicano com presidente do STF. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228086>. Acesso em: 11 dez. 2017.

> nos dias 17 e 18 de janeiro último, no Rio de Janeiro, evento que contou com a participação de mais de 350 autoridades judiciárias de diversos países.[51]

3.2.3. Audiência de custódia como política pública autônoma

Em dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicou a Resolução 213, que entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016 e que dispõe sobre a audiência de custódia, consistente na obrigação da apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Nas consideradas, a referida Resolução aponta como um dos seus fundamentos o disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

O Poder Judiciário poderia, por meio do Supremo Tribunal Federal, colocar em mora o Poder Legislativo e, até mesmo, o Executivo, para que implementasse a prática de apresentação do cidadão preso à uma autoridade judicial, como forma de cumprimento da imposição convencional da CADH. No entanto, por sua própria iniciativa, elaborou e implementou a política pública da audiência de custódia, com procedimento próprio, revel, inclusive da política pública existente, que consistia na aplicação formal do Código de Processo Penal, de apresentação apenas do auto de prisão em flagrante para apreciação formalista da autoridade judicial.

A implantação da audiência de custódia como ato processual obrigatório em todos os tribunais do país, foi um marco histórico e objetivo na concretização da possibilidade do Poder Judiciário determinar – controle das políticas públicas – e concretizar a política pública – implementação pelo próprio Judiciário. A audiência de custódia consiste num instrumento pré-processual garantidor do direito de toda pessoa presa, autuado em flagrante delito ou presa por força de mandado de prisão, de ser conduzida sem demora à presença de uma autoridade judiciária, para fins de análise da legalidade da prisão, da possibilidade de responder ao processo criminal em liberdade e, ainda, avaliação da ocorrência de maus tratos ou tortura.

Tal instituto não se encontra positivado como obrigatoriedade no Código de Processo Penal brasileiro ou qualquer outra lei penal do país. No entanto, o instituto já se encontrava disposto no

---

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal de Notícias. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547>. Acesso em: 11 dez. 2017.

ordenamento pátrio, por intermédio da convencionalidade, uma vez que, desde o ano de 1992, com a ratificação da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), o Brasil se obrigara a apresentar o custodiado a uma autoridade judiciária, nos moldes da prescrição contida no item 5 do art. 7º da referida Convenção.

> Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal
> [...]
> 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

No mesmo sentido é a disposição do Pacto Internacional sobre Direitos Civis, que foi adotado através da Resolução n. 2.200-A, seção XXI, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1996, tendo sido ratificado pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 226/91 e promulgado pelo Decreto n. 592/92, o qual impõe que:

> ARTIGO 9
> [...] 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Nas referidas consideradas, o CNJ fundamenta a implantação da política pública da audiência de custódia em duas decisões do Supremo Tribunal Federal, que remetem à necessidade da criação e implantação da aludida política pública de apresentação de acusados presos perante a autoridade judicial, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-5240[52] e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF-347[53].

---

[52] "1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que 'toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz', posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada 'audiência de custódia', cuja denominação sugere-se 'audiência de apresentação'. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consectariamente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o *status* do

Embora previsto em nosso ordenamento jurídico, e mesmo diante do comando insculpido no § 3º do art. 5º da CF/88, de que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos gozam de *status* constitucional, a audiência de custódia não era realizada pelos juízes e tribunais do Brasil. Em vista desse descompasso com a normatividade e convencionalidade, foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347[54], pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), na qual pedia ao STF o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) praticado e, por omissão no sistema penitenciário brasileiro, e um dos destaques da ação constitucional era, justamente, a ausência de realização das audiências de custódias. A petição inicial trazia vários pedidos e o Supremo deferiu parte deles e, no que tange a audiência de custódia, concedeu o pedido para determinar a sua implantação no prazo de 90 dias, com a apresentação do custodiado em até 24 horas após a prisão.

CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional (...)" (STF, ADI 5.240/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 20-8-2015, DJe 018, de 1-2-2016).

[53] "Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. (...) Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão" (STF, ADPF 347 MC/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, DJe 031, de 19-2-2016).

[54] O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea "b", para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea "h", por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas "a", "c" e "d", vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea "e", vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea "f"; em relação à alínea "g", por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. (STF, ADPF nº 347, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, 09.09.2015).

A decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe para a doutrina brasileira do controle constitucional duas discussões importantes, o controle de Convencionalidade[55], resultante da análise das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais assumidas pelo Brasil e, também, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), uma espécie de controle, inicialmente introduzido e aplicado pela Suprema Corte colombiana.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em se tratando de reconhecimento de Estado das Coisas Inconstitucionais, os principais fatores a serem observados para seu reconhecimento são "(...) a permanente e massiva violação de direitos fundamentais, a omissão de diferentes atores estatais que tanto implica essa violação como a mantém, o envolvimento de um número elevado de pessoas afetadas e a necessidade de a solução ser alcançada pela ação conjunta e coordenada de vários órgãos." (CAMPOS, 2015).

O ativismo judicial se acentua ainda mais no quadro de declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais, isso porque "a declaração do ECI e as ordens judiciais que a sucedem levam o juiz constitucional a interferir sobre funções tipicamente executivas e legislativas, incluindo a de estabelecer exigências orçamentárias" (CAMPOS, 2015).

O autor explicita sua defesa do ativismo judicial, com o uso, inclusive do ECI, denominando esse ativismo de estrutural, no sentido de existirem espaços de decisão e o juiz enxergar questões relevantes imunes à sua interferência, seja por tratar-se de questões políticas, seja porque ele acredita não possuir a capacidade cognitiva específica, asseverando que se trata de um instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer a máquina (estrutura) estatal funcionar.

Esse foi o ponto de partida do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que o estado atual do sistema penitenciário brasileiro refletia inconstitucionalidade, pois não entrega a garantia mínima de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inc. XLIX), declarando o estado de coisas inconstitucionais frente aos flagrantes desrespeito aos direitos e

---

[55] O controle de Convencionalidade permitido pela EC 45 de 08 de dezembro de 2004, permite um controle de normas verticalizado não somente de normas em função da Constituição, mas também das normas e tratados internacionais que versem sobre a defesa dos direitos humanos e de outras leis pactuadas pelo Estado brasileiro e que estejam em vigência. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista de informação legislativa. v. 46, n. 181, p. 113–133, jan./mar., 2009. Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em 21 de dezembro de 2017).

garantias fundamentais da pessoa humana encarcerada e, na parte referente às audiências de custódias, o comando do tribunal foi no sentido de:

> Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando: [...]
> b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; (BRASIL, 2017).

O comando para a realização das audiências de custódia, uma nova política pública na área da segurança pública e em matéria de processo penal, foi destinada para realização por todo o Estado brasileiro, tendo tribunais e juízes como destinatários diretos, mas também os governos dos estados e federal, isto é, o Supremo determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores, quanto aos Poderes Executivo e Legislativo, a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconvencionalidade reconhecida como Estado de Coisas Inconstitucional. Acentua-se que a medida, uma verdadeira política pública na área criminal, não adveio do Governo Federal ou do Congresso, mas sim do próprio Judiciário (STF/CNJ), uma vez que o Supremo reconheceu a existência de regulamentação – os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – interna aplicável, não sendo necessária norma advinda do Congresso. Ressalte-se que o art. 22 da Constituição, disciplina que o processo penal é matéria a ser legislada pela União, o que seria atribuição do Poder Legislativo, e não do Judiciário. O próprio Ministro relator reconheceu a dificuldade do Judiciário em adentrar na matéria de criação de políticas públicas ao assentar que "há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias." (BRASIL, 2015, p. 13).

O comando contido na decisão da ADPF 347 é uma clara determinação de criação e implementação de uma nova política pública por parte do Poder Judiciário, a ser incrementada pelo próprio Judiciário. Nesse primeiro momento, o judiciário controlou políticas públicas em sua atividade típica; no segundo momento, ao determinar ao próprio judiciário a realização da política pública, o judiciário agiu como criador e implementador de políticas públicas, numa atividade atípica. O segundo momento foi concretizado através de intensa atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir de 2015, com o Termo de Cooperação Técnica nº 7/2015, firmado entre o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa de Direito de Defesa (IDDD).

Com o referido termo, o Conselho Nacional de Justiça dispôs-se a promover, em conjunto com tribunais de todo o país, a implementação do Projeto Audiência de Custódia. Em seguida, vários outros termos de cooperação técnica foram assinados pelo CNJ com os tribunais estaduais e federais, para a implementação do Projeto Audiência de Custódia em todo país.

É de se destacar trecho relevante daquele julgado (ADPF 347 MC/DF), especialmente do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que acentua o papel institucional do Poder Judiciário frente às políticas públicas:

> "A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa – e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo" (BRASIL, 2017).

O relator, Ministro Marco Aurélio, ainda acentua uma visão subjetiva de qual deve ser o papel do Judiciário diante da inércia dos poderes políticos em criar ou fazer cumprir políticas públicas que solucionem problemas sociais ou políticos, ao afirmar peremptoriamente que:

> "Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados." (BRASIL, 2017).

Para fins de regulamentação, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 213, de 15 de dezembro de 2015, com vigência para 1º de fevereiro de 2016, implementando a sistemática oficial da audiência de custódia, tratando de matéria processual penal, o que gerou resistências de juízes[56], promotores[57], delegados[58] e até da advocacia[59], por entender que a

---

[56] A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES – ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5448 (Rel. Ministro Dias Toffoli) para questionar a constitucionalidade da Resolução. Inteiro teor da petição inicial pode ser acessado no endereço eletrônico: http://s.conjur.com.br/dl/adi-anamages-audiencias-custodia.pdf.

[57] A Associação Paulista do Ministério Público apresentou Mandado de Segurança para suspender a implantação das chamadas audiências de custódia no Estado de São Paulo, sendo indeferido pelo TJSP, conforme decisão no endereço eletrônico a seguir: https://www.conjur.com.br/dl/ms-audiencia-custodia-negado.pdf.

[58] A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) ajuizou ação de inconstitucionalidade (ADI 5.240), com pedido de liminar, contra o provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral de Justiça estadual que instituiu a audiência de custódia. Inteiro teor da petição inicial no endereço eletrônico: https://www.conjur.com.br/dl/adi-audiencia-custodia.pdf.

matéria deveria ser disciplinada por lei e não por ato administrativo do CNJ, uma vez que, assim agindo, o judiciário, através de seu órgão administrativo e governativo, estaria invadindo competência legislativa da União, nos termos do art. 22, I da Constituição.

A Resolução 213/2015 do CNJ determina que "toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão", além de exigir a participação do Ministério Público (estadual ou federal), da Defensoria Pública, do advogado constituído da pessoa presa (art. 3º)[60], de delegados e agentes penitenciários. A resolução ainda trata do Sistema Audiência de Custódia (Sistac), uma política pública que extrapola os campos de atuação do Judiciário, trazendo deveres e compromissos para atores externos, não judiciais, como Governos Estaduais, instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública, e órgãos da Administração Pública (art. 2º)[61]. Destaca Carlos Weis que, a realização de tal audiência aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores, de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência. (WEIS, 2013).

A política pública da audiência de custódia transpassa o conceito de política judiciária, pois a Resolução 213/2015, seu normativo, traz obrigações não somente para o judiciário, enquanto instituição, e seus magistrados e servidores, mas também para outras instituições, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Secretárias de Estado de Segurança Social, as Polícias Militar, Civil e Federal.

---

[59] Sindicato dos Advogados da Paraíba entrou com um Mandado de Segurança pedindo que o Supremo Tribunal Federal suspenda em todo o país a iniciativa, que garante ao preso em flagrante o direito de ser ouvido por um juiz em até 24 horas. Petição inicial no endereço eletrônico: https://www.conjur.com.br/dl/ms-35477-inicial.pdf.

[60] Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

[61] Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais.

3.3. A necessidade de endo-democracia legitimadora para políticas públicas

A legitimação para as políticas públicas traz consigo a exigência de democratização do judiciário, uma exigência cidadã que se acentua por meio, especialmente, da jurisdição constitucional, com a qual o Estado de Direito passa a ser garantidor de cidadania, fazendo com que o Judiciário assuma uma posição de destaque, também, no cenário político nacional.

> Esta abertura à sociedade civil, bem como uma deliberada exposição a discursos de natureza científica, religiosa, econômica, etc., não podem ser vistos como algo necessariamente negativo. Ao contrário, demonstram a necessidade do Supremo em buscar ampliar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com impacto fortemente político (VIEIRA, 2007, p. 448).

É pensando na efetivação dos direitos fundamentais que surge a "necessidade de se cunhar um novo modelo de juiz e, consequentemente, de um novo Poder Judiciário", direcionado e orientado "pela proteção dos direitos fundamentais previstos no texto maior" (OLIVEIRA NETO, 2008, p.145). Esse novo judiciário, voltado para a análise cidadã das políticas públicas, necessita de uma nova roupagem para "assumir um novo papel, muito mais ativo, em face do direito novo, não há dúvida de que essa possibilidade existe, mas, evidentemente, há necessidade de adaptação às novas circunstâncias." (DALLARI, 2001, p. 13).

Noutro aspecto, não se pode deixar de observar as constantes críticas da sociedade acerca da atuação do Judiciário, tanto no aspecto da morosidade da justiça, da impunidade, da falta de acesso ao Judiciário e de sua democratização, quanto no aspecto propositivo, no sentido de apresentação de melhorais e reformas. O nosso sistema de justiça, via de regra, tem como parâmetro a decisão não conciliada, a imposição da sentença e não a homologação de acordos entre as partes. Essa característica não se coaduna, num primeiro momento, com o processo democrático de interação e cooperação entre os litigantes, buscando uma solução negociada. A decisão apresenta-se de forma impositiva e, na maioria das vezes, monocrática, unilateral, como acontece com as decisões dos juízes de primeiro grau. Nos tribunais, de regra, a decisão é colegiada, com um pouco mais de discussão democrática, sem perder, entretanto, a característica de impositividade. O diálogo, a discussão, a prática de audiências públicas e a abertura de uma maior participação para os interessados, especialmente nos processos coletivos e que envolvam discussões de direitos fundamentais, apresenta-se como melhor caminho para a democratização das decisões do judiciário. Novos métodos de julgamento, que privilegiem o consenso, o acordo,

a conciliação; que possibilitem a participação de terceiros, interessados na busca por uma melhor solução negociada, as arbitragens, entre outros métodos consensuais, favorecerão a legitimidade do judiciário. “A opinião pública não pode reagir da mesma forma a um julgamento por parte de juízes profissionais e a uma decisão tomada por representantes direitos do povo, que dizer, por ele mesmo” (GARAPON, 1999, p. 262).

O judiciário ainda não espelha um bom canal democrático, é fechado e suas decisões impositivas, na maioria das vezes. Procedimentos rígidos, dificuldades culturais e formais para o acesso, e burocratização de seus ritos e espaços públicos criam barreiras antidemocráticas que necessitam ser retiradas para um melhor trato das questões políticas, acaso pretenda-se legitimar no trato das políticas públicas. “O caminho que se vislumbra, portanto, é a ‘processualização’ das iniciativas, objeto dos processos judiciais, isto é, a criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de ‘diálogos institucionais’, que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas” (BUCCI, 2013, p. 199). É preciso avançar na concepção de um Judiciário democrático, que privilegie os direitos fundamentais, com visão humanista, encontrando nas ruas a proclamação da norma constitucional.

> Como se vê, o Judiciário, que neste país felizmente é qualificado como Poder nas Constituições, não obstante tantas restrições e dificuldades de ordem prática e política, e que muito aquém está das expectativas da sociedade mundial contemporânea, como, aliás, sempre esteve, deve impor-se como verdadeiro Poder, não através de mera retórica, mas de um processo revolucionário do seu modelo histórico tradicional, hermético e arcaico, a realizar uma profunda mudança em sua estrutura e em sua dinâmica, com planejamento científico e vontade política, transformação essa a ter, como um dos seus pontos fundamentais, a adequada seleção, formação e aperfeiçoamento daquele a quem a lei entrega a bela e árdua missão de julgar. Só assim teremos o Judiciário que a sociedade está a reivindicar e que todos desejamos: eficiente, ágil, confiável, afirmativo, sensível às transformações sociais e aos sonhos de felicidade da alma humana. (TEIXEIRA, 1998, P. 157).

Destacam-se, a seguir, dois instrumentos processuais e procedimentais capazes de aperfeiçoar o judiciário, seus tribunais e juízes, no sentido de uma maior abertura democrática, a saber, as audiências públicas e o *amicus curae*.

3.3.1. Audiências públicas

Tema relevante para a abertura democrática do Poder Judiciário, as audiências públicas têm papel fundamental nas decisões mais abertas e que tenham por objetos políticas públicas. A jurisdição, pelo menos até bem pouco tempo, era circunscrita aos legitimados e, no máximo, aos interessados no processo. No entanto, a nova sistemática processual, especialmente quando se refere ao trato dos direitos coletivos difusos e, também, ao controle concentrado de constitucionalidade, passa a exigir uma maior abertura democrática à pluralidade. "As consultas e audiências públicas são exemplos em que o contraditório pode ocorrer, de maneira oficial e explicitamente regrada, mesmo que sem caráter obrigatório ou vinculante" (BUCCI, 2013, p. 161-162).

> Somado a isso, surgiram as audiências públicas, em casos de grande relevância, que trazem ao Tribunal especialistas, militantes e acadêmicos, que não se reportam ao Tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas, sim, técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório do Tribunal. Os casos das células-tronco e dos anencéfalos são uma demonstração do potencial politizador deste mecanismo. Essas novidades certamente ampliaram o acesso ao Tribunal, mas também expõem sua autoridade mais diretamente. (VIEIRA, 2007, p. 448).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto define audiência pública como "um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual" (MOREIRA NETO, 1992. p. 129).

A audiência pública é um instrumento democrático anterior ou concomitante com a feitura da lei, do ato administrativo ou da decisão judicial. Seu uso serve para aprimorar o ato público, fomentador de uma política pública vindoura. É, portanto, um instrumento de participação popular. "A participação popular ocorre no momento da tomada de decisões, antes ou concomitante à elaboração do ato da Administração, é um poder político de elaboração de normas jurídicas" (SIRAQUE, 2005, p. 112).

O fundamento da abertura do judiciário para a realização das audiências públicas tem cunho constitucional, o princípio da publicidade dos atos públicos. Contido no princípio da publicidade, há o comando da transparência na condução da coisa pública, ensejando a concreta aplicação do

comando normativo do art. 37, *caput*, da Constituição da República[62]. A Audiência Pública é um instrumento de participação popular, garantido pela Constituição Federal de 1988 e regulado por legislação infraconstitucional. "A criação de procedimentos de consultas e audiência públicas, nas quais se colhem proposições, postulações e críticas a medidas governamentais em construção está em franco desenvolvimento, com a ampliação e qualificação crescentes dessas formas de procedimentos participativos" (BUCCI, 2013, p. 141).

Já seu referencial normativo, encontra-se nas Leis n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

> Art. 9° Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.
> §1° Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
> (...)
> §3° As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

De igual forma, a Lei n. 9.882/99, que regulamenta o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental, retrata a possibilidade de realização de audiências públicas, nos termos do §1° do art. 6°:

> Art. 6o Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
> § 1o Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
> § 2o Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Como a própria expressão sugere, as políticas devem ser públicas. Para tanto, os procedimentos de sua construção devem ser amplamente publicizados, permitindo a participação da mais ampla gama de legitimados e interessados. "Mas uma política pública também dever ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo" (BUCCI,

[62] Constituição da República Federativa do Brasil: "Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte."

2002). O empoderamento para realização de políticas públicas e, até mesmo o processo de controle de políticas públicas de outros poderes, exigirá do judiciário uma maior abertura democrática, em termos de acesso à justiça, meios adequados e facilitados de instrumentalização das ações e processos, realização de audiências públicas como regra para discussão de questões políticas macros, e decisões fundamentadas e com grau de aceitação a legitimar sua participação nesse campo político.

Para fins de proximidade com a tomada de decisões em matéria de políticas públicas, o Poder Judiciário necessita de abertura democrática, especialmente no que se refere à escuta preliminar dos interessados antes de qualquer decisão judicial, uma vez sendo necessário entender que "as políticas de efetivo desenvolvimento (como direito do e direito ao desenvolvimento) somente se realizam em ambiente democrático, com a participação dos interessados, desfrutando do acesso a informações, em momento anterior à tomada de decisão" (FEITOSA, 2013, p. 223).

As audiências públicas são instrumentos democráticos a serem utilizados antes da tomada de decisão, seja ela administrativa, legislativa ou judicial. No caso do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), o articulista Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende sua realização para monitoramento das determinações judiciais e para fins de escolhas e implementações das políticas públicas a que vier a optar o Poder Público. Dentre as diretrizes traçadas e apontadas como possíveis soluções pela decisão judicial que declara o ECI,

> (...) o juiz deve interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, lançando mão de ordens que, ao mesmo tempo, redimensionem esses ciclos e permitam melhor coordenação estrutural. Importante destacar que o juiz não chega a detalhar as políticas, e sim a formular ordens flexíveis, cuja execução será objeto de monitoramento contínuo [16], por exemplo, por meio de audiências públicas periódicas, com a participação de setores da sociedade civil e das autoridades públicas responsáveis. (CAMPOS, 2015).

O instrumento democrático de participação popular pós-tomada de decisão é a fiscalização e a vigilância cidadã, que recebe o nome de *accountability*, sem tradução para o português, seja pela falta de tradição, seja mesmo pela ausência de tradução. "O controle social ocorre após a concretização deste processo com o intuito de verificar se a norma jurídica foi concretizada pela Administração na forma estabelecida" (SIRAQUE, 2005, p. 112).

3.3.2 *Amicus curae*

Outro ponto a ser observado nesse alargamento da atuação do judiciário é, também, a abertura democrática que esse poder proporcionou, trazendo para a discussão da vida nacional vários outros atores, antes tolhida por medidas processuais. Tradicionalmente, os participantes do processo judicial eram apenas os litigantes diretamente interessados na causa e na discussão das provas a serem produzidas e dirigidas ao julgador. No máximo, abria-se espaço para participação do órgão do Ministério Público.

Com a instrução de novas técnicas processuais, o judiciário passou a admitir terceiros no processo, e não somente a intervenção de terceiros indiretamente interessados, como previsão já de antes do Código de Processo Civil de 1973, mas de pessoas, instituições, cientistas, organizações não governamentais e outros, com interesses colaterais no deslinde de causas de grande repercussão.

> O segundo ponto emblemático que se pode destacar no processo de julgamento da constitucionalidade da lei de biossegurança refere-se à importância que os *amici curae* passaram a ter na condução dos debates no Supremo. A presença de organizações da sociedade civil, expressando a polaridade de opiniões difusas entre os diversos segmentos da sociedade brasileira definitivamente politizou o debate jurídico levado a cabo na Corte. Mais do que isso, a liberalidade na aceitação dos *amici* por parte dos Ministros indica que o Supremo está voluntariamente se democratizando e consequentemente abrindo-se de forma mais clara para a política. Ao permitir que organizações da sociedade civil, possam, a um custo organizacional e político muito menor, lutar pelos valores que defendem no âmbito do Supremo, cria-se uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica. Desta forma, o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria. (VIEIRA, 2007, p. 453).

As novas participações, o interesse de variados segmentos da sociedade pela discussão de causas decididas no âmbito do judiciário, aponta para a procura pelo Estado-legislador, pelo próprio judiciário e, também, pela sociedade, em aprofundar a democratização das decisões advindas desse poder, construindo novos fóruns de legitimação social, o que Campilongo (1994) chamou de novos canais de consenso social. No entanto, frente a essas mudanças, adverte o autor que, “O aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos atores no jogo de interesses jurídicos vão desencadear a perda de legitimidade das instituições tradicionais [...]” (CAMPILONGO, 1994, p. 116). Também por isso, pela complexidade que envolve decisões políticas conflitantes, “o juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades

democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram" (GARAPON, 1999, p. 27).

Os órgãos julgadores do judiciário não podem se circunscrever ao que é meramente técnico, devem volver sua atenção, também, para questões políticas, econômicas e culturais, envolvidas no litígio. E, acaso necessite de ajuda técnica especializada nessas áreas do saber humano, deve abrir espaço, necessariamente, para outros atores darem sua contribuição, com a finalidade de que a decisão judicial seja, cada vez, mais democrática e representantiva.

A população, por sua vez, passa a procurar o judiciário cada vez mais, não somente como instrumento para dizer o direito (jurisdição), mas também como fórum e espaço democrático em que pode se discutir políticas públicas (política). Questões políticas, antes tidas como inadequadas a serem tratadas pelos juízes e tribunais, hoje estão presentes nos mais variados julgamentos judiciais, transpondo conceitos tradicionais e exigindo uma nova abordagem acerca de conceitos, tanto da Ciência Política como do Direito, tais como o da separação de poderes, federalismo e direitos fundamentais. "A judicialização da política se estendeu muito além da hoje corrente judicialização da elaboração de políticas públicas através da jurisprudência sobre justiça processual ou sobre direitos, para englobar também a megapolítica" (HIRSCHL, 2009).

> Outro evento de extrema importância na valorização da jurisdição do Tribunal, enquanto arena de embate político, foi o estabelecimento da possibilidade de que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amici curae* em casos de interesses supra-individuais. [...] Com isso, novas vozes passaram a ecoar no Tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, enquanto palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político. (VIEIRA, 2007, p. 448).

O processo de democratização externa, por meio da juridicialização, deve ser refletido, necessariamente, na democratização interna, forçando a endo-democracia, de dentro para fora, num ato de acolhimento das demandas e na abertura para a participação dos mais variados legitimados, além de promover a devida fiscalização das decisões e ações do poder judiciário, promovendo o devido controle social (*accountability*) de quem se pretende legitimado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A integração do judiciário ao conjunto de instituições que decidem politicamente, concretiza a vontade política formalmente plasmada na Constituição Federal. Há um claro compromisso político na topologia constitucional onde se inserem os três poderes da República, como características e fins políticos, não se podendo alijar nenhum deles desta contextualização programática, somente pelo fato de não ser eleito. Sua legitimação democrática advém do pacto constituinte e se mantém em sua atuação eficiente e transparente, propulsora do sistema democrático e garantidor dos princípios fundamentais inseridos na constituição. Os compromissos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*).

A democracia pressupõe, para o seu exercício, a missão de decidir. Decisão, por sua vez, pressupõe conflito. A democracia, na sua gênese, é conflituosa. Não há sistema democrático de unanimidades. É preciso conviver com os desiguais, com os contundentes e com os de opiniões e votos divergentes. Todo esse conflito exige uma resolução, uma decisão, uma definição do caminho a trilhar, da política a ser adotada, que se impõe após o devido processo político ou judicial, com a garantia de participação e o compromisso vinculante com o resultado final. O judiciário já possui essa característica marcante da decisão e da vinculação de suas decisões, sendo devida obediência a esse comando final.

O Poder Público, cada vez mais, precisa entender seu papel de orientador e implementador das Políticas Públicas, necessárias para o enfrentamento dessa crise. A estrutura institucional, (*polity*), consistente na ordem do sistema político e jurídico, deve estar voltada para a concretude das promessas constantes na Constituição Federal. Pouco a pouco, julgamento após julgamento, a população vai sendo apresentada a esta nova imagem do Judiciário como Poder Político, como fórum das discussões das causas e questões da cidadania, da sociedade e da política. O avanço dos meios de comunicação social também constitui um vetor dessa interação entre o público e o mundo judiciário, trazendo a vigilância e a fiscalização para as decisões dos tribunais. O judiciário vai ocupando o espaço reservado pela Constituição, de poder, também, responsável pelas questões políticas.

Os agentes políticos envolvidos na concretização das políticas públicas devem ter uma nova mentalidade, na qual se procura ver todo sistema de forma complexa e sem amarras em lógicas simplistas. Não se pode perder de vista que o simples fato da declaração normativa das políticas

públicas não é marco suficiente para se sustentar sua implantação, necessitando da atuação de todos os cidadãos e instituições envolvidas na sua concretização. A exigência de proteção estatal traz consigo a coobrigação cidadã de participação da sociedade nesse múnus coletivo. O Estado Democrático de Direito exige, para sua plenitude, uma complexa interligação entre direito, política e sociedade.

Ao Poder Judiciário, nessa lógica de complexidade e envolvimento social, não restou alternativa a não ser a prática do ativismo, como contributo, em face da inércia do Executivo e do Legislativo, que têm se mantido omissos ou indiferentes diante das questões de ordem jurídica, política e social, no sentido de garantir princípios, como da dignidade da pessoa humana, da cidadania, por meio da concreção dos direitos fundamentais pautados na Constituição.

O Poder Judiciário avança em pautas políticas não decididas pelo Parlamento, trazendo, algumas vezes, proteção de valores e direitos fundamentais que dependiam de regulação, como no exemplo da garantia de direitos plenos aos casais homoafetivos, e outras vezes, embates com os poderes políticos, como nas decisões sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária, na primeira havendo revide do Poder Legislativo, através da Emenda Constitucional 52. O que não se pode negar é a chegada do judiciário, por meio de juízes e tribunais, ao campo das grandes decisões nacionais. A valoração que se pode dar a essa chegada pode ser perniciosa, vista sob o aspecto da legitimação, ou de benefício, sob a visão de que, na Democracia, o judiciário é garantidor de direitos e, por isso, precisa ser acionado em lesão ou ameaça a esses direitos, diante de omissões ou tentativas de retrocessos.

Assim, a contribuição do judiciário estaria na legítima habilitação para editar as políticas públicas, por meio de um ativismo regrado, dentro dos parâmetros constitucionais, buscando equilibrar a órbita política e a jurídica no que diz respeito, especialmente, à efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Essa legitimação, consoante mostrado no presente trabalho, tem sido praticada por todos os sistemas políticos democráticos e, marcantemente, no Supremo Tribunal Federal, onde se multiplicam a cada dia demandas sociais e políticas.

Mais do que isso, é necessário que o próprio Poder Judiciário intua sua função social, e não apenas de órgão consultivo de direitos, na busca de aprimorar seus canais de interlocução com a sociedade, captando suas demandas reprimidas, criando processos de discussão das várias viabilidades propostas, decidindo em coparticipação com ausculta de todos os interessados legitimados, abrindo-se para a constante vigilância republicana, revelando-se, de fato, instituição

pública e aberta para julgamento de seus atos e ações, aferindo resultados para fins de análise de seus atos de estado e as consequências deles advindas frente a toda sociedade, num processo constante de *accountability*, promovendo legitimação de suas ações e possíveis políticas públicas implementadas.

Em última análise, é preciso envolvimento, desprendimento e uma nova visão, desta feita não cega e acabada, mas uma visão de todo o sistema, que possibilite a inclusão de todos os poderes na consecução dos ditames pluralistas de cidadania almejados e insculpidos pela Carta Cidadã de 1988, viabilizando visões diferentes, mas convergentes, para um desenvolvimento social e econômico, voltados para a pessoa humana e para a sociedade que a cerca; propiciando inter-relação de funções entre os poderes, sem desnortear ou retirar funções de um ou de outro, procurando funcionar como Estado, com seus fins e objetivos republicanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH**,** Víctor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados.* Revista internacional de direitos humanos: SUR, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 189-223, 1 sem. 2005. Disponível em: <http://www.surjournal.org>. Acesso em: 06 jun. 2017.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; COIRO, Adriana Lacombe. *Medidas Provisórias e súmulas vinculantes: riscos à separação de poderes.* Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 117, p. 177-183, out. 2012.

AITH, Fernando. *Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado de Direito e de Promoção de Direitos Humanos.* In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARIEDE, Elouise Bueno (2011). *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: um estudo comparativo de sua prática, antes e após o advento da Emenda Regimental n°29*, de 2009 (monografia). São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Escola de Formação. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/188_Elouise%20Bueno%20Ariede.pdf>, Acesso em: 15 jun. 2017.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2008.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. REZENDE, Mônica de. *A ideia de ciclo na análise de políticas públicas.* Disponível em http://historico.redeunida.org.br/editora/biblioteca-digital/serie-interlocucoes-praticas-experiencias-e-pesquisas-em-saude/caminhos-para-analise-das-politicas-de-saude-pdf. Acesso em: 08 dez 2017.

BARACHO, Hertha Urquiza; MAIA, Mário Sérgio Falcão. *A efetividade dos Direitos Sociais no Brasil: comentários sobre o papel do Judiciário.* Prima Facie – Direito, História e Política. João Pessoa. v. 6, n. 10, jan. - jun. 2007. ISSN 1678-259. Disponível em: <http://periódicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/issue/view/522>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil: desafios ao Poder Judiciário.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em 01 mai. 2017a.

_____. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, número especial, 2015.

_____, Luís Roberto. *Os valores do futuro são os valores perenes da filosofia moral*, in Migalhas. Disponível em: *Acesso em* 19 jun 2017b.

_____, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan/mar. 2009.

_____, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.* 2010. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf >. Acesso em 30 mai. 2017.

_____, Luís Roberto. *A razão sem voto*: *o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, número especial, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado.* In: BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). Políticas públicas: Reflexos sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Gilberto. *"O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro"*. Boletim de Ciências Econômicas, v. XLVII, pp.149-180, 2004.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A "Última Palavra", o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. Brasília: Revista de Informação Legislativa*, v.51, n.201, p.71–95, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade.* 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n. 592.581*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 13/08/2015. Voto do relator disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5240/SP*. São Paulo. Rel. Min. Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 5 maio. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://goo.gl/7WAk5i>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal.* Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. Lei no 9.868. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 14 jun. 2017

_____. Lei n. 9.882. *Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. Lei no 11.364. *Dispõe sobre as atividades de apoio ao Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11364.htm>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. *Aprova os textos do pacto internacional sobre direitos civis e políticos e do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ambos aprovados, junto com o protocolo facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1, 13 dez. 1991. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=135720>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 jul. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.* Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 nov. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213/2015 do CNJ.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano.* Diário Oficial da União. Brasília, 16 dez. 2004. n. 241, seção 1, p. 8-9.

_____. *II pacto republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.* Diário Oficial da União, Brasília, 26 maio 2009. n. 98, seção 1, p. 1-2.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pacto Republicano: parceria entre os Três Poderes a serviço da democracia.* Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547>. Acesso em: 11 dez. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____, Norberto. Et al. *Dicionário de Política.* Brasília: Ed. UNB, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. *Separação dos poderes na Constituição brasileira.* Revista de Direito Público, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

BUCCI, Maria Paula D. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2013.

_____(org.). *O conceito de política pública em direito.* In: Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____Maria Paula Dallari, Clarice Seixas Duarte. (Org.). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo.* 1ed.São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lâmegos. *Manual de interpretação constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1997.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Portal Jota, 4 maio 2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 13/07/2017.

CAMPILONGO, Celso. *Magistratura, sistema jurídico e sistema político.* In: Direito e Justiça. A função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____, Celso Fernandes. 1994. *O Judiciário e a democracia no Brasil.* Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 116-125.

_____, Celso Fernandes. *"Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico". Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº l38, abr./jun. 1998.

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, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DAHL, Robert. *Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.252, 2009, p. 25-43.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Hora do Judiciário (Apresentação)*, in: KREBS, Fernando Aurvalalle (org.). A Reforma do Judiciário. Curitiba: Juruá, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro do Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

FALCÃO, Joaquim. *A política econômica dos Juízes.* Folha de São Paulo, 26 out. 2001.

_____. *O Supremo.* 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015. v. 1. 287p.

_____, Joaquim. *A democratização e serviços legais. In:* Direito e Justiça. A função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

FALCAO, J. A.; OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Poder Judiciário e Competição Política: as eleições de 2010 e a lei da 'Ficha-limpa'*. In: Opinião Pública (UNICAMP. Impresso), v. 18, p. 337-354, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. *Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento: limites e confrontações.* In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer et al. Direitos humanos e solidariedade: avanços e impasses. Curitiba: Appris, 2013. p. 171-240.

_____. *Desenvolvimento econômico e direitos humanos.* Separata do Boletim de Ciências Econômicas LII. Coimbra, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?* Revista USP, São Paulo, n.21, 1994, p. 12-21.

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e políticas públicas*, n 21, jun 2000, p. 211-259. Disponível na internet: www.ipea.gov.br/pub/ppp/ppp21/Parte5.pdf. Acesso em: 19 fev. 2017.

GALVÃO, Ciro di Benatti. *Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para construção de decisões judiciais racionais. Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. especial: Ativismo Judicial, 2015.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.* Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2002.

_____, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

GRINOVER, A. P. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário.* In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Orgs.). *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista.* Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.* Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/ago. 2009.

HUMANOS, Comissão Interamericana de Direitos. *Pacto de São José da Costa Rica.* Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais.* Salvador: JusPodivm, 2008.

KELSEN, Hans. *A democracia.* 2ª ed . São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESS, Heliana. *Reformas, políticas públicas e a gestão do Conselho Nacional de Justiça.* Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 589-625, jul./dez. 2011. Disponível em: < http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2164>. Acesso em: 11 dez. 2017.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas.* In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.* Revista de informação legislativa. v. 46, n. 181, p. 113–133, jan./mar., 2009. Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em 21 de dezembro de 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso (2013). *"Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade"*, Revista Consultor Jurídico, edição de 4 jul. 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumentolegitimidade-popular, *Acesso em*: 14 jul. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. *O inimigo do Supremo.* Disponível em: < https://www.jota.info/colunas/supra/o-inimigo-do-supremo-05062017> *Acesso em*: 06 jun 2017.

MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis.* Tradução Cristina Murachco. São Pualo: Martins Fontes, 2002.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos.* Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional – Entre direitos, deveres e desejos.* Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. *O juiz como garantidor dos direitos fundamentais. Em seu: Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da constituição.* São Paulo, Revista dos Tribunais; Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Controle de Legitimidade de Políticas Públicas: Limites e Possibilidades.* Atlas: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 57-97, 2008.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. *O Fórum Múltiplas Portas como Política Pública de Acesso à Justiça e à Pacificação Social.* Curitiba: Multidéia, 2013.

PIOVESAN, F.; PIMENTEL, S. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional no Brasil.* In: CAMPOS, (C.H. de Org). Lei Maria da Penha comentanda em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 101-117, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade.* Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice.* Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p. 75.

RIBEIRO, L. M.; WERNECK, D. A.; PEIXOTO, V. de M. *Processo decisório, Judiciário e Políticas Públicas: levando a decisão judicial a sério.* 2009. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%202009_2/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20%20Diego%20e%20Leandro.pdf>. Acesso em: 21 ago 2017.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Novo perfil do Poder Judiciário brasileiro.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 67. São Paulo: RT, 2009, p. 162-213.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Os Dez Anos da Constituição Federal: o poder judiciário e a construção da democracia no Brasil*, in: Debates: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário. Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, 1999.

SADEK, Maria Tereza Aina (2011). *"Supremo tem exercido ativamente o seu papel político".* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2011-dez-15/supremo-exercido-ativamente-papel-politico. Acesso em 16 jul. 2017.

_____, Maria Tereza Aina. (2004). *"Judiciário: mudanças e reformas". Estudos Avançados,* vol. 18(51): 79-101.

_____, Maria Tereza Ainda. *Supremo sem política é ilusão. [Entrevista]*. O Estado de S. Paulo. Política, 22 Agosto 2016. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-sem-politica-e-ilusao,10000071170>. Acesso em: 13 jul. 2017.

SARMENTO, Daniel (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos.* 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SCHMIDT, João P**.** *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In:* REIS, J,R,; LEAL, R.G. (org.) Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2307- 2333.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais.* Curitiba: CRV, 2014.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. *A judicialização da política no Brasil e o comportamento decisional dos seus magistrados: o Judiciário como um ambiente micro-hegemônico e a contenção judicial - uma análise sob a perspectiva do materialismo histórico-dialético.* 2013. 180f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura.* Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. *Acesso em*: 10 ago. 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas.* Porto Alegre, Síntese, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* Portal Consultor Jurídico. Brasília, 26 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros >. Acesso em: 13/07/2017.

_____, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o "pomo de ouro".* Portal Consultor Jurídico. Brasília, 12 jul. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>. Acesso em: 13/07/2017.

_____, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Verdade e consenso.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAYLOR, Matthew M. *O judiciário e as políticas públicas no Brasil.* Revista Dados, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf> Acesso em: 11 dez. 2017.

TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power?* In: The Global Expansion of Judicial Power/ editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York Unversity Press, 1995, p. 27 – p.37.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Apresentação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____, Sálvio de Figueiredo. *A formação do juiz contemporâneo.* Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.l, n.l, p.147-157, 1998.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.* Curitiba: Juruá. 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial "à brasileira".* Revista de Direito GV, São Paulo, 4 [2], p.407-440, jul-dez 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004>. Acessado em: 09 mar. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política nas relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GARRIDO, Alexandre. *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito.* Disponível em: <http://pesquisaconstitucional.wordpress.com/apresentacoes>. Acesso em: 19 jun 2017, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da Lei ou da Corte?* Revista da USP, Dossiê Judiciário, 21, Mar-Mai, 1994, pp. 70-77. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26937>. Acesso em 07 mar. 2017.

_____, Oscar Vilhena. Supremocracia: *Vícios e virtudes republicanas.* Valor Econômico, São Paulo: Globo, 6 nov. 2007.

WEIS, Carlos. *Trazendo a realidade para o mundo do direito.* Informativo Rede Justiça Criminal, ano 3, ed. 05, 2013. Disponível em: Acesso em: 11 dez. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.* Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.