

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO**

DEBORA BONAT

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM EXAME DA
REPERCUSSÃO GERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS JULGADOS
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INCREMENTO DA PARTICIPAÇÃO**

**BRASÍLIA
2014**

Debora Bonat

A judicialização da política e emancipação: um exame da repercussão geral nos recursos extraordinários julgados pelo Supremo Tribunal Federal

Tese apresentada ao Curso de Doutorado, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa

**Brasília
2014**

Debora Bonat

A judicialização da política e participação popular: um exame da repercussão geral nos recursos extraordinários julgados pelo Supremo Tribunal Federal e o incremento da participação

Tese apresentada ao Curso de Doutorado, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito a obtenção do título de Doutora em Direito, sendo submetida à Banca Examinadora em ____/____/____.

Prof. Dr. Alexandre Bernardino da Costa
Professor Orientador

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Roberto Aguiar
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. José Geraldo Souza Junior
Membro da Banca Examinadora

Profa. Dra. Daniela Moraes
Membro da Banca Examinadora

*Ao grande amor da minha vida, Fabiano, que me incentiva a voar.
E assim, mostra-me como é maravilhoso estar ao seu lado.*

*Aos meus pequerruchos, Pedro e Miguel, que na alegria de seus gestos demonstram
como é simples ser feliz.*

AGRADECIMENTOS

Mesmo sendo um trabalho individual, esta pesquisa não teria sido realizada sem o auxílio de muitas pessoas. Obrigada, **Fabiano Hartmann Peixoto**, pelo amor, carinho, compreensão, pelas inúmeras conversas nesses quatorze anos. Você é o grande incentivador e responsável por esse momento. Obrigada por me fazer acreditar que a vida vale a pena!

Muitíssimo obrigada, meus queridos pais, **Neide Regina Bonat e Piragibe Paraná Bonat**, a solidez de meus valores foi obra dos senhores. Obrigada pela dedicação, carinho e incentivo. Obrigada por deslocarem suas vidas para Florianópolis para cuidarem dos netos enquanto a pesquisa se concretizava. Obrigada pela alegria ao nos ver e pela tristeza ao nos deixar. Obrigada pela vida tão boa que os senhores conseguiram me proporcionar.

Obrigada, querida **Daniele**, amiga, companheira e irmã. O seu incentivo é único. É alegre, motivador e contagiante. Obrigada por dar aos meus filhos, um amor tão grande quanto o meu. Obrigada **Cleber, Simone e Guilherme**. Obrigada pela parceria e confiança e, principalmente, pelos momentos deliciosos de descontração.

Não poderia deixar de mencionar minhas amigas queridas: **Isabela, Carolina e Cristina**. Isabela, minha companheira de sala, de projeto de vida. Nossa parceria vai muito além das coordenações. Muito obrigada.

Carol, seu incentivo, dedicação e disciplina me contagiam. Como é bom saber que tenho um ombro amigo para correr e desabafar.

Cris, minha amiga-irmã! A vida nos aproximou para nunca mais largarmos uma da outra. Amizade que se estende da Faculdade à casa, família, filhos. Muito obrigada por todo o carinho.

Agradeço muito ao meu querido orientador, ABC. Muito obrigada pela acolhida, pelo apoio, pelo incentivo e pela amizade. Obrigada ainda, por impedir que minhas opções teóricas fossem marginalizadas. Enfim, obrigada por me ajudar a buscar a minha emancipação.

RESUMO

A pesquisa examina da judicialização da política no âmbito do Supremo Tribunal federal através do instituto da repercussão geral. Trata-se um instituto novo, incorporado à ordem constitucional e legislação infraconstitucional, através do qual caberá a Corte máxima do país reexaminar o mérito dos recursos extraordinários que conseguirem demonstrar a transcendência e relevância no âmbito político, econômico, social etc. A decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal atingirá todos os processos sobrestados e poderá implicar implementação de políticas públicas ou alteração das regras eleitorais em grande escala.

O trabalho busca as origens desse fenômeno no Brasil e confere destaque à crise da representação política e a adoção de um novo método de interpretação baseado na natureza normativa dos princípios e da aproximação do Direito com a moral e justiça.

Adotando o paradigma procedimentalista, a pesquisa examina as consequências da adoção da abstrativização do controle concentrado, via repercussão geral, e propõe como forma de minimizar a interferência do Judiciário nas políticas públicas e nas regras eleitorais o incremento da participação popular no direcionamento do Estado.

Para tanto, estuda a participação popular e sua forma de implementação e aprimoramento no cenário brasileiro. Termina com um análise do decreto presidencial, publicado em maio do corrente ano pela Presidência da República, que disciplina e enfatiza a relevância da participação social no Brasil.

Como marco teórico, utiliza a concepção de Boaventura de Sousa Santos de judicialização e participação social como forma de ampliação da cidadania e diminuição gradativa da interferência do Poder Judiciário nas relações sociais.

Palavras-chaves: JUDICIALIZAÇÃO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, REPERCUSSÃO GERAL, PARTICIPAÇÃO.

RIASSUNTO

La ricerca esamina la giudizializzazione della politica all'interno della Corte Suprema federale attraverso l'Ufficio di ripercussione generale. Si tratta di un nuovo istituto, integrato nell'ordinamento costituzionale e altri legislazione, attraverso il quale sarà più alta corte del paese di riesaminare la fondatezza delle risorse straordinarie che dimostrano l'importanza e trascendenza nel contesto politico, economico, sociale, ecc. La decisione di merito dalla Corte suprema federale raggiungerà tutti i processi sospese e può comportare l'attuazione di politiche pubbliche o cambiamenti nelle regole elettorali su larga scala.

Questo lavoro cerca le origini di questo fenomeno in Brasile e dà risalto alla crisi della rappresentanza politica e l'adozione di un nuovo metodo di interpretazione in base alla natura normativa dei principi e l'approccio della legge con la morale e la giustizia.

Adottando il paradigma proceduralista, la ricerca esamina le conseguenze dell'adozione delle controllo astratto tramite implicazioni generali, e si propone come un modo per ridurre al minimo l'interferenza della magistratura nella politica pubblica e le regole elettorali per aumentare la partecipazione popolare nel dirigere lo Stato.

Per entrambi gli studi il coinvolgimento popolare e il suo modo di attuazione e miglioramento dello scenario brasiliano. Finisce con l'analisi del decreto presidenziale emesso nel maggio di quest'anno dal presidente, e la disciplina che sottolinea l'importanza della partecipazione sociale in Brasile.

Come un quadro teorico, utilizza il concetto di Boaventura de Sousa Santos di judicialization e la partecipazione sociale come un modo di estendere la cittadinanza e la riduzione progressiva delle interferenze della magistratura nei rapporti sociali.

PAROLE-CHIAVE: GIUDIZIALIZZAZIONE, CORTE SUPREMA BRASILIANA, PARTECIPAZIONE, REPERCUZIONE GENERALE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	
2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: um exame do caso brasileiro a partir do instituto da repercussão geral.....	01
2.1 Judicialização da política no Brasil: fenômeno ou idealização teórica?.....	01
2.2 A judicialização da política no Supremo Tribunal federal brasileiro	23
2.2.1 A Repercussão como instrumento do incremento da judicialização da política.....	25
3 CONDIÇÕES FAVORÁVEIS AO DESENVOLVIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	53
3.1 Condições jurídicas favoráveis a judicialização.....	55
3.2 Condições políticas favoráveis a judicialização.....	75
4 JUDICIALIZAÇÃO E REPERCUSSÃO GERAL: o que esperar do futuro?	91
4.1 Judicialização: principais críticas ao modelo e o problema da repercussão geral.....	91
4.2 Um novo desenho de democracia contemporânea: o fortalecimento da participação como procedimento de equacionar a judicialização.....	104
4.3 A viabilidade de transformação da democracia brasileira: para além dos Tribunais.....	119
5 CONCLUSÃO.....	
REFERÊNCIAS.....	
ANEXOS.....	

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da política é um tema que há décadas aflige os cientistas políticos e os juristas. Desde a passagem do método clássico de interpretação do Direito para a atual forma, baseada em princípios e ponderação de valores, o jurista se aproximou da função legiferante e administrativa e passou a determinar a implementação de políticas públicas via processo judicial. Nesse cenário de incertezas e de construção democrática surgem teorias defensoras e contrárias ao movimento de judicialização.

Se o fenômeno aqui estudado já o fora por muitos teóricos, qual o motivo de ser destacado como objeto de pesquisa da presente tese? A resposta a essa indagação é a existência de um novo instrumento processual, criado pela emenda constitucional 45/2004, denominado repercussão geral.

Os estudos sobre esse instituto centram-se nos aspectos meramente processuais: procedimento, controle do acervo do Tribunal, desenvolvimento da verdadeira função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, consequências jurídicas, dentre outras. Mas, analisar a repercussão geral como fato gerador de uma maior judicialização da política não constitui, até o momento, prática entre os juristas.

O exame torna-se relevante pois a repercussão geral, como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, foi responsável por verdadeira abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Assim, os efeitos da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, antes restringia-se, às partes; agora, com a repercussão geral, alcança todos os processos sobrestados e, não são poucos.

A problematização que a pesquisa enfrenta é identificar se a repercussão geral contribui para a ampliação da judicialização da política, no âmbito da implementação de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal e quais seriam os possíveis caminhos para sua redução.

A tese parte da constatação de que a judicialização é um fenômeno das democracias contemporâneas e que sua exclusão é impossível diante dos novos mecanismos de interpretação do direito e da crise da representação política.

Assim, a pesquisa propõe a redução dos problemas diagnosticados a partir de uma terceira via: a participação popular.

Para tanto, o tema será abordado em três capítulos. No primeiro, serão examinadas as formas possíveis de judicialização da política, destacando quatro acepções do termo: (a) no aumento do acesso do Poder Judiciário pela população, (b) na intromissão do Judiciário nas regras do jogo eleitoral, tanto na ingerência no processo legislativo como na utilização do Judiciário a serviço da conjuntura política; (c) na interposição de ações de controle concentrado de constitucionalidade e; (d) na realização de políticas públicas.

Embora todas as matizes sejam examinadas, a autora optou por recortar metodologicamente o tema em três aspectos: a implementação de políticas públicas e a alteração das regras eleitorais através de um novo mecanismo processual: a repercussão geral nos recursos extraordinários.

Há que se destacar que as decisões de mérito nos recursos extraordinários em matéria de repercussão geral ainda são embrionárias, mas as decisões que reconheceram a repercussão geral são bastante profícuas para a tese. Os números demonstram que, ao serem julgadas, as decisões proferidas pelo STF se desencadearão em uma quantidade absurda de processos que se encontram sobrestados nos Tribunais.

Ressalta-se que o instituto da repercussão geral foi instituído no ordenamento jurídico pátrio a fim de operar como filtro recursal, evitando assim, o conhecimento de recursos extraordinários, cuja causa constitucional debatida seja irrelevante ou de interesse único e exclusivo das partes. Porém, pouco se avaliou acerca de suas consequências no mundo jurídico, político, social etc. Problemas como a identificação dos casos idênticos ao *leading case* e a amplitude de abstrativização do controle fazem parte da análise que será realizada no primeiro capítulo. Para tanto, serão utilizadas várias decisões judiciais com o objetivo de demonstrar, além da existência do fenômeno, a forma de argumentação jurídica utilizada pelos ministros.

O segundo capítulo servirá como base de estruturação do fenômeno a partir das suas raízes. Assim serão identificadas as condições favoráveis ao desenvolvimento da judicialização. A autora optou em utilizar uma divisão em duas grandes frentes: (a) condições jurídicas favoráveis a judicialização e, (b) condições políticas favoráveis à judicialização. Essa divisão levou em consideração a

classificação feita pelos teóricos da judicialização.

Na primeira estão incluídas: (a) ampliação do acesso a justiça, (b) crise da interpretação clássica do Direito e, (c) ampliação dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso. Já em relação as condições políticas, destacam-se: (a) a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), (b) estrutura tripartite dos Poderes, (c) crise da representação política e, (d) desenvolvimento de novas forças sociais.

Dentre todas essas condições destacam-se duas: a crise da representação política e a crise da interpretação clássica do direito e a introdução de uma nova hermenêutica jurídica.

A democracia representativa, apesar de todas as transformações sofridas após a ascensão do Estado Moderno, continua a fundamentar-se nos princípios da propriedade privada, igualdade e liberdade tendo, as duas últimas, caráter meramente formal, ou seja, concretiza-se no peso atribuído a cada voto e na liberdade de escolha do cidadão frente ao Estado. Esse modelo de democracia é excludente, pois retira do cidadão o direito de participar diretamente nas decisões políticas e, conseqüentemente, de auxiliar na condução da coisa pública; por ser de baixa intensidade e marginalizando a participação, acaba por restringir-se ao direito de votar periodicamente.

Isso faz com que, o cidadão marginalizado não encontre identidade na forma de representação e busque no Judiciário a implementação de seus direitos fundamentais. Por outro lado, com crise da representação, os partidos políticos passam a usar o Judiciário como forma de pressão e de controle sobre a arena política, pois o cidadão marginaliza sua preocupação com a política devido a falta de identidade.

Já na esfera jurídica emerge o neoconstitucionalismo, implicando interpretação infraconstitucional conforme os valores trazidos pela Constituição. Como tais normas passam pelo controle material de constitucionalidade, o Poder Judiciário acaba intervindo na efetivação dos princípios constitucionais e na execução dos programas e reformas traçados pelo constituinte. Assim delinea-se o novo papel do Poder Judiciário, mais intrometido, imputando valores às normas e determinando ações aos demais Poderes.

Por fim, no terceiro capítulo serão analisadas as duas teorias sobre as conseqüências da judicialização para o cidadão. Para a teoria procedimentalista o

no cenário contemporâneo do Judiciário são retomadas as discussões sobre o fato do incremento da igualdade (pelo força positiva da ampliação e proteção fornecidas pelo Direito) poderia levar a um esvaziamento da liberdade, na medida que a cidadania se desestimularia na sua práxis reivindicatória. Nesta linha, buscaram sustentar a interpretação de que se deve conduzir a uma cidadania ativa acompanhada de uma igualdade virtuosa, através do aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, zelados pelo Direito. Isto se processaria pela abertura, a todos, da possibilidade de intervenção na formação da vontade da maioria.

Por outro lado, surge a corrente substancialista, através da qual as relações entre Direito e Política, destacadamente pela criação jurisprudencial, são inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da igualdade, sem a diminuição da liberdade.

Adotando a teoria procedimentalista, buscar-se-á durante o capítulo uma análise da repercussão geral nas diferentes consequências da judicialização. Para minimizar os problemas desencadeados pela judicialização e destacados por essa corrente, passa-se a análise da participação popular como forma de abertura na formação da vontade da maioria.

Nesse ponto, o Brasil está caminhando a passos largos, pois no mês de maio do presente ano foi editado decreto presidencial regulamentando e estimulando a participação social no país. O conteúdo do decreto presidencial será analisado a partir de uma metodologia comparativa com outros institutos de participação já adotados no Brasil e que conseguiram alcançar resultados relevantes.

Assim, pelo desencadeamento dos capítulos demonstrar-se-á que a repercussão geral está sendo usada como mais um instrumento processual de ampliação da judicialização da política e que a participação popular é mola propulsora da cidadania e o seu implemento constitui fonte identidade entre cidadãos e governantes, estimulando a efetividade dos direitos fundamentais e diminuindo, conseqüentemente, a busca pelo Judiciário e a judicialização.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: um exame do caso brasileiro a partir do instituto da repercussão geral.

O objetivo da pesquisa é comprovar a existência do fenômeno da judicialização no Brasil a partir de um instrumento processual específico e novo no sistema judicante contemporâneo: a repercussão geral, pré-requisito do recurso extraordinário. Assim, o capítulo buscará delimitar o uso da expressão judicialização, a sua existência no direito brasileiro a partir do uso de um novo instrumento processual: a repercussão geral exigida nos recursos extraordinários julgados pelo STF. Instrumento esse responsável por ampliar os efeitos do papel do Tribunal nas decisões de controle difuso de constitucionalidade.

2.1 Judicialização política no Brasil: fenômeno ou idealização teórica?

A teoria do processo define, a partir de Giuseppe Chiovenda, a jurisdição como uma função substitutiva de tomada de decisões. Ou seja, o magistrado, terceiro imparcial, ao exercer a função jurisdicional substitui a vontade das partes pela sua. Essa função só pode ser exercida, conforme a Constituição Federal de 1988, mediante o devido processo legal e de maneira imparcial.

Embora esse conceito date do início do século XX, a sua interpretação e aplicação sofreram largas transformações nas últimas décadas. A interpretação do princípio do devido processo legal ganhou elementos ligados ao conceito de justiça. A imparcialidade diferenciou-se da neutralidade, hoje totalmente superada, direcionando o Magistrado a uma postura de garantidor de normas fundamentais, participativo, atuante, enfim, um verdadeiro sujeito do processo. Desta forma, atividade jurisdicional contemporânea ocorre de maneira mais criativa e imperativa, ou seja, o juiz ao decidir uma causa cria o direito. E ao mesmo tempo que cria, ordena que todos que forem afetados pela sua decisão a cumpram. Ao fundamentar uma decisão, o juiz desenvolve ou aceita teses e formas diferenciadas de interpretação do Direito e ao fazer o dispositivo singulariza essa motivação em uma norma individualizada que regulará o caso. A decisão jurisdicional não é passível de

controle externo tendo como limite apenas a coisa julgada, ou seja, os demais poderes e a população em geral deverão aceitá-la e cumpri-la.¹

A jurisdição contemporânea deixou de ser uma atividade meramente formal, de aplicação do direito, para apropriar-se de valores sociais, econômicos, afetivos, morais, religiosos aproximando o processo da vida social. Assim como, a sociedade passou a controlar a agenda do Judiciário, pois a publicização da atividade jurisdicional teve um acréscimo espantoso. O canal “TV JUSTIÇA”, a utilização do *youtube*, redes sociais e a democratização do acesso a informação aproximou a sociedade civil do Judiciário.

É nesse contexto, de alteração paradigmática da função jurisdicional, que se concentra o recorte metodológico da tese: a judicialização da política no tocante a jurisdição constitucional, através do controle difuso de constitucionalidade, alterando significativamente a arena política e a implementação de políticas públicas.

Segundo Hirschl (2006) existem três significados para a expressão judicialização. O primeiro destaca a aproximação do discurso jurídico com a população e, conseqüentemente, das relações sociais. Assim a sociedade passa a resolver todos os seus conflitos utilizando o Direito. O segundo deriva do crescente papel dos Tribunais na formatação das políticas públicas. Aqui, o autor destaca a atuação do Poder Judiciário em relação aos direitos sociais provocada mediante a propositura de ações judiciais. E, por fim, o terceiro, engloba a “judicialização da megapolítica” na qual o Poder Judiciário torna-se responsável pela definição do conceito de comunidade, como questões eleitorais, de segurança nacional, de economia.

A respeito do primeiro aspecto, entende-se que não é o discurso que se aproxima, mas sim a possibilidade de acionar o Judiciário para a resolução dos conflitos e a utilização de valores, imbrincados na sociedade, pela jurisdição para a resolução de conflitos. Não se vê no Judiciário brasileiro uma diretiva ou um planejamento que busque uma aproximação do discurso jurídico com a população. Mas ao contrário. A linguagem jurídica especializou-se para segregar.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 167):

¹ A respeito do descumprimento de normas jurídicas e de decisões verificar as obras de Hannah Arendt: “Crises da república”, “Da violência”, “A condição humana”, “Lições sobre a filosofia política de Kant”.

Enquanto domínio social funcionalmente diferenciado, o direito desenvolveu um autoconhecimento especializado e profissionalizado, que se define como científico (ciência jurídica), dando assim origem à ideologia disciplinar a que chamo cientificismo jurídico.[...], cientificismo jurídico e o estatismo jurídico evoluíram *pari passu*. O positivismo jurídico é a co-evolução ideológica.[...]. O saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controlo social e de transformação social.

Assim, entende-se, que Hirschl (2006) pode identificar a aproximação do discurso jurídico da sociedade como forma de judicialização. Mas, é impossível afirmar que esse é um fenómeno em desenvolvimento no Brasil. Alguns juízes e Tribunais, de maneira isolada e não organizada, buscam em sua atividades jurisdicionais a aplicação de um direito emancipatório e plural, mas esse cenário ainda é mínimo. É impossível garantir, pelo menos *a priori*, que mesmo as decisões que revelem um carácter mais progressista tenham tido em sua gênese a preocupação com uma aproximação do Judiciário com a sociedade².

Historicamente é possível identificar períodos em que existiram alterações de preponderância de uma das três funções estatais em relação as outras. Vianna (1999) destaca a primazia do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo como característica do Estado social. Por outro lado, com o processo de constitucionalização do Direito, o Poder Judiciário se torna a figura central entre os Poderes. Assim, a função jurisdicional desponta como alternativa para solução de conflitos coletivos, para a agregação social e para o incremento da cidadania.

Segundo Vianna (1999, p. 21):

A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da 'certeza jurídica'.

Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel L. Marques e João Pedroso (1996) destacam o perigo de se examinar a atividade jurisdicional a partir de uma visão eurocêntrica a real compreensão do papel desta estrutura de poder nos países periféricos ou semiperiféricos, como é o caso da América Latina. Segundo os autores os tipos de litígios e de demandas produzidas por sociedades

² Para comprovar essa tese seria necessária uma pesquisa empírica de observação e diagnóstico dos Magistrados em relação a sua atividade judicante e também do conteúdo de decisões judiciais, o que não é objeto desta tese.

com graus de desenvolvimento tão diversos ensejam e possibilitam que o exercício da função judicial reste, no mínimo, diferenciado de um modelo para o outro.

Segundo os autores, um dos problemas da importação de teorias é a desconsideração do contexto social. A partir dessa leitura é que se optou em examinar o fenômeno da judicialização da política a partir do Judiciário brasileiro, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal e de um novo instrumento processual, a repercussão geral.

Entende-se, dessa forma, por judicialização da política o fenômeno contemporâneo desenvolvido nos países adeptos do sistema da civil law, cujo papel do Poder Judiciário ganha destaque na resolução de questões políticas e sociais, antes exclusivas a instâncias eminentemente políticas como o Poder Legislativo e o Poder Executivo.³

Boaventura de Souza Santos ao examinar o fenômeno da judicialização adota como pressuposto que a judicialização da política conduziria à politização da justiça. Classifica a judicialização em dois níveis:

(a) nível de baixa intensidade: quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por atividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social lhes confere;

(b) nível de alta intensidade: quando parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja a decisão final, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente⁴.

³ Nesse sentido, a pesquisa demonstrará, no caso brasileiro, como fatores do contexto social e político brasileiros, por exemplo, a apatia política gerada pelo esvaziamento da representatividade e a baixa efetividade dos direitos fundamentais de um lado e, por outro lado, a ampliação da função julgadora do Judiciário retiraram da jurisdição seu caráter de mera aplicação do Direito para agregar a sua função a ampliação/restrrição da cidadania, através de decisões, com natureza obrigatória, de realização de políticas públicas nem sempre progressistas.

⁴ Boaventura faz essa distinção examinando a "*operação mãos limpas*", desencadeada pelo Ministério Público italiano, no início da década de noventa, uma forma de judicialização da política de alta intensidade, enquanto a que ocorreu ao longo da década na Espanha, Bélgica e França foi de baixa intensidade.

O referido autor teve a possibilidade de se manifestar em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, em 10.06.2008, afirmando que o sistema judicial brasileiro tem forte tradição de judicialização da política:

O Brasil é um dos países latino-americanos com mais forte tradição de judicialização da política. Há judicialização da política sempre que os conflitos jurídicos, mesmo que titulados por indivíduos, são emergências recorrentes de conflitos sociais subjacentes que o sistema político em sentido estrito (Congresso e governo) não quer ou não pode resolver. Os tribunais são, assim, chamados a decidir questões que têm um impacto significativo na recomposição política de interesses conflitantes em jogo. [...] Em momentos de bifurcação histórica, as decisões do STF nunca serão formais, mesmo que assim se apresentem. Condicionarão decisivamente o futuro do país. Para o bem ou para o mal.

Enfim, o fenômeno da judicialização evidencia que questões de ampla repercussão social, política, econômica passaram a ser decididas pelos órgãos do Poder Judiciário e não pelos órgãos tradicionais (Poder Legislativo e Executivo). Há, dessa forma, uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações na linguagem, argumentação e modo de participação da sociedade nos três poderes, assim como a utilização do Judiciário como instrumento de alteração do cenário político.

Para facilitar o exame da judicialização e para que esse não se restrinja a questões eminentemente teóricas é possível identificar quatro enfoques para esse fenômeno:

- (a) no aumento do acesso do Poder Judiciário pela população,
- (b) na intromissão do Judiciário nas regras do jogo eleitoral, tanto na ingerência no processo legislativo como na utilização do Judiciário a serviço da conjuntura política;
- (c) na interposição de ações de controle concentrado de constitucionalidade e;
- (d) na realização de políticas públicas.

No primeiro caso, a judicialização da política trata da ampliação de acesso ao Poder Judiciário. Princípio, incorporado pelo texto constitucional de 1988⁵ como direito fundamental, o acesso à justiça foi e ainda é tema de grandes discussões. De uma análise meramente formal, com o advento de novas formas de interpretação do Direito obteve-se maior participação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais, o acesso à justiça passa a ser examinado com ênfase em seu conteúdo, aproximando-o do conceito de Justiça.

O princípio do acesso à justiça, revela-se, *a priori*, como o direito de qualquer pessoa buscar a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a uma pretensão seja individual, coletiva ou difusa. Nesse sentido, seu primeiro destinatário, como bem lembra Nelson Nery Junior (2008), é o legislador. Impossível a criação de normas infraconstitucionais que impeçam o jurisdicionado de acionar o Judiciário.

Todavia, embora o Legislativo seja o primeiro destinatário, ele não é o único. Tanto o Executivo quanto o próprio Judiciário estão impedidos de excluir lesão ou ameaça do crivo da análise judicante. Assim, a interpretação que se faz aqui é extensiva e sistemática. Com a redemocratização do país e a recuperação das garantias dos Magistrados, que se encontram libertos de perseguições, estes passaram a atuar livremente, estando presos somente à fundamentação e constitucionalidade dos seus atos. Essa independência política trouxe maior participação do Magistrado na construção do Estado e do Direito. Caberá aos três poderes instituírem regras para o exercício deste direito.

Embora grande parte dos discursos interpretativos sobre o acesso a justiça resuma-se à gratuidade da prestação jurisdicional ou à exigibilidade de advogado, tais elementos não são os únicos. Ademais, ressalta-se que a restrição da gratuidade também não é capaz, de por si só, ferir este direito.

Tal situação já foi destacada por Cappelletti e Garth (2008) a partir da evolução histórica do conceito do princípio. Preconizaram pela análise dos entraves a efetivação deste princípio e com a propositura de possíveis soluções ao problema apresentado.

Neste sentido, pode o juiz, invocando o princípio descrito no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, ampliar as formas de recepção dessas demandas,

⁵ Art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

desde que feitas justificada e controladamente através do conteúdo constitucional das normas. A instrumentalidade do processo é uma das ferramentas para que o juiz possa receber as demandas, determinar a resolução de eventuais vícios sanáveis e já, de plano, quando possível determinar atos que efetivem a tutela jurisdicional.

Todavia, muitos são os entraves a esta ampliação da admissão de demandas. O Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal realizaram uma pesquisa empírica sobre demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil em parceria com a PUC- RS⁶. Nesta, diagnosticou-se que o alto acesso que a justiça brasileira possui atualmente⁷ ocorre pelos baixos custos de acesso e baixo risco combinado com altas perspectivas de ganhos (mesmo que indiretamente, pela morosidade) e pelo uso instrumental do Judiciário para inadimplemento de obrigações. A pesquisa propõe como soluções para tais problemas; (a) adoção de súmulas vinculantes nos Tribunais Superiores, (b) criação de mais varas especializadas, (c) maior filtro inicial nos processos – o juiz deve arquivar ações que não preencham os requisitos mínimos já no início do processo e não só após a instrução probatória, (d) maior agilidade dos Tribunais quanto às questões repetitivas, (e) profissionalização das carreiras dos auxiliares e a criação de manuais de boas práticas, e, (f) rever o benefício da assistência judiciária gratuita, clarificando e homogeneizando o conceito de pobre dentre outros.

A interpretação do acesso à justiça deve levar em consideração todos estes aspectos alterando significativamente a atuação dos magistrados. Não basta conceder assistência judiciária gratuita, o Magistrado deve observar se realmente a pessoa preenche condições reais de tal benefício, pois caso contrário está ferindo o ideal de justiça.

Um dos instrumentos úteis aos Magistrados no controle das demandas protelatórias é a utilização da litigância de má-fé. A aplicação de multas aos advogados e jurisdicionados que usem o Poder Judiciário como um elemento de sorte ou de manutenção de seu inadimplemento reverteria drasticamente o excesso de demandas. Na citada pesquisa, em entrevistas aos jurisdicionados comprovou-se que na maioria dos casos o jurisdicionado busca através de uma maximização dos

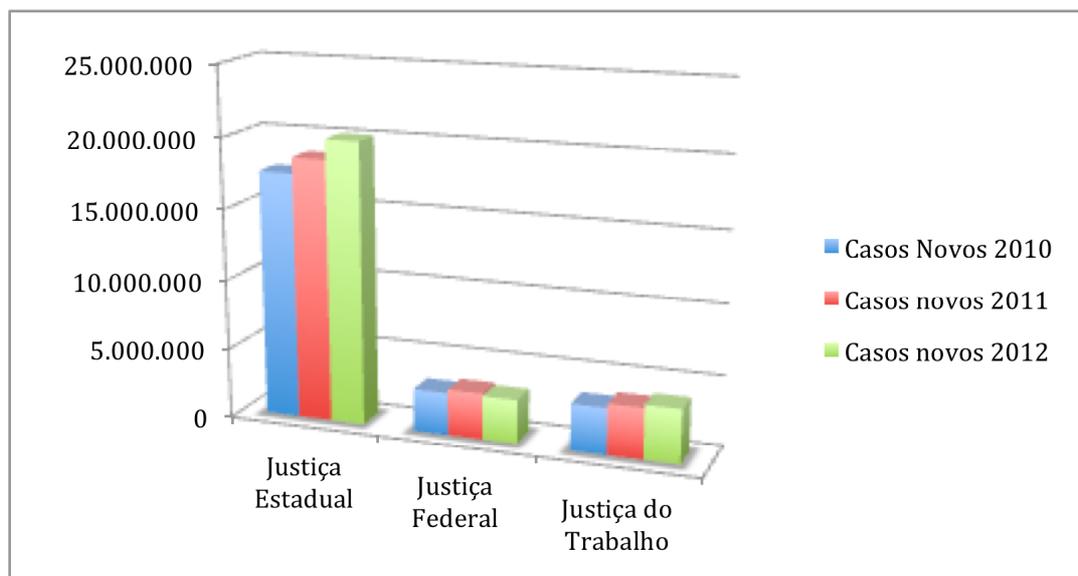
⁶ Ver:

http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf

⁷ Segundo o CNJ há em trâmite, hoje, no Judiciário brasileiro 70 milhões de demandas. Para maior aprofundamento ver: www.cnj.jus.br

resultados e de uma análise custo-benefício a utilização da função jurisdicional. Todavia, o uso exacerbado do judiciário em demandas sem qualquer apelo jurídico válido gera um excesso de trabalho e minimiza o acesso a justiça, pois gera demandas longas e distantes da realidade.

Nesse viés, o programa “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça clarifica o aumento de demandas no Poder Judiciário brasileiro.



fonte: Justiça em números (CNJ, 2014)

Algumas observações são necessárias para explicar o gráfico acima. A primeira delas se dá em relação à escolha das justiças que o compõem. Optou-se aqui pelo primeiro grau de jurisdição, pois a admissão em juízo, em regra, ocorre nessa instância, ou seja, o primeiro contato com o Poder Judiciário se dá no primeiro grau. Dentre as várias justiças de primeiro grau, foram excluídas as justiças eleitoral e militar. A primeira, porque seria necessário, ao menos o exame de três eleições, pois sua competência, em regra, ocorre em ano eleitoral, ou seja, a cada dois anos. Assim, seriam necessários os dados de 2008, os quais não estão disponibilizados. Já a Justiça Militar possui uma competência extremamente restrita, qual seja, a análise de crimes militares, o que restringe significativamente o universo da pesquisa.

Os dados comprovam um acréscimo significativo na propositura de ações judiciais. Isso significa que a população, seja individualmente, seja coletivamente, procura o socorro do Judiciário para obter a satisfação de seus

interesses frustrados. Por óbvio que nem todas as ações judiciais se traduzem em uma interferência do Judiciário em questões de competência do Legislativo e Executivo, mas comprova o maior acesso a essa função e, conseqüentemente, a existência de uma das formas de judicialização.

Assim, essa é uma das formas que em nada se relaciona com a judicialização da política, pelo menos com a concepção adotada neste trabalho. O fato do número de ações propostas no Judiciário estar gradativamente aumentando não significa que as decisões tomadas sejam no sentido de alterar regras do jogo eleitoral, democrático ou de implementar políticas públicas.

O recorte metodológico que se dá a expressão “judicialização da política”, neste trabalho, refere-se ao objeto e ao resultado da relação jurídica processual, ou seja, ao conteúdo da tutela jurisdicional prestada. A ampliação do acesso ao Judiciário pode revelar, *a priori*, um incremento na cidadania, pois pressupõe o conhecimento de direitos e as suas formas de tutela, mas não o fenômeno ora examinado aqui nesta pesquisa.

Na segunda acepção da judicialização, tem-se a interferência do Judiciário no direcionamento político-eleitoral do país. Isso pode ocorrer de duas maneiras: através da ingerência ocasionada pelo conteúdo da prestação da tutela jurisdicional, mas também pelo fato da Justiça Eleitoral estar sendo usada como instrumento de alteração no processo eleitoral. Explica-se, aqui a propositura das ações por si só geram efeitos na arena política, pois o momento de definição das regras políticas poderão constranger atores nas disputas políticas (FEREJOHN, 2002).

Isso pode ser comprovado com um caso paradigmático: a consulta sobre a verticalização das coligações. Para Couto e Arantes (2006) a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) abrange: "polity" (normas constitucionais), "politics" (competição política) e "policies" (políticas públicas). Para os autores o caso da verticalização das coligações se estaria diante de um caso de "politic" que foi transformada em "polity".

Esse é um bom exemplo para análise pois provocou uma atuação do Legislativo após a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral. Disto se verifica também como há descompassos entre a atuação do Judiciário e do Legislativo.

Tratou-se da Consulta 715-DF formulada pelos Deputados Federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos

questionando o Tribunal Superior Eleitoral sobre a possibilidade de se constituírem coligações partidárias diversas para a disputa aos cargos majoritários de Presidente e Governador no mesmo pleito eleitoral.⁸

A Assessoria Especial da Presidência manifestou-se pela impossibilidade de tal situação, enquanto o Ministério Público Eleitoral opinou afirmativamente a consulta. O Ministro Relator, Garcia Vieira, ao proferir seu voto invocou o disposto no art 6º, caput da Lei 9.504/97 destacando a impossibilidade de um partido integrar coligações diversas na mesma circunscrição e ressaltou a necessidade de caráter nacional aos partidos políticos inserida no texto constitucional. Assim, a verticalização das coligações seria um elemento necessário para a garantia de tal condição constitucional.

Em voto divergente, o Ministro Sepúlveda Pertence registrou sua preocupação com a extrapolação dos limites constitucionais conferidos ao Tribunal, afirmando que o “juízo de conveniência confiado ao TSE, tem por objeto a expedição ou não da instrução, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do Código – e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral -, está subordinado à Constituição e a lei.” E continua: “Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer, o ‘silêncio eloqüente’ de uma ou de outra.”

Para analisar a questão trazida a Corte, o Ministro também usou o art. 6º, caput, da Lei 9. 504/97. Todavia, confrontou-o com o art. 86 do Código Eleitoral que explica o conceito de circunscrição. Segundo o Ministro, a circunscrição é um conceito jurídico e não geográfico. Se refere ao tipo de eleição: então tem-se uma circunscrição para a eleição a Presidente e outra para a eleição a Governador. Sendo assim, plenamente possível responder de maneira afirmativa a consulta. Ressaltou ainda que caberia ao partido político anular arranjos políticos que não fossem interessantes ao seu partido.

Outro argumento que rondou o voto foi a necessidade constitucional de

⁸ Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação?”

caráter nacional dos partidos políticos⁹. Diferentemente do Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que a necessidade de caráter nacional prevista na Constituição refere-se a impossibilidade de criação de partidos locais e não a obrigatoriedade de manutenção de alianças nacionais.¹⁰ Esse argumento esteve presente em todos os votos dos Ministros e será objeto de análise das consequências da decisão.

Enfim, seu último argumento evoca a anualidade da lei eleitoral. A CRFB/88 estipulou que as alterações nas normas eleitorais só teriam validade se fossem efetivadas até um ano antes da data do pleito. Como a consulta estava sendo julgada em fevereiro de 2002 e nas eleições anteriores foram aceitas coligações disformes, não seria possível há apenas sete meses antes do pleito realizar uma alteração na interpretação das normas eleitorais, restringindo a liberdade partidária. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira acompanhou o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁹ Utilizando-se dos ensinamentos weberianos, Donatella Della Porta (2003) entende por partidos políticos as “associações orientadas para influenciar o poder.” Associações porque são grupos organizados e fundamentados em participações voluntárias, sendo o poder sua área de atuação. “Em particular nas democracias ocidentais, o termo ‘partidos’ está reservado, mesmo na linguagem corrente, às associações que pretendem influenciar as decisões públicas através, principalmente (se não exclusivamente), da participação nas eleições.”

A função dos partidos, para Donatella (2003), seria a de desempenhar um papel de mediador entre a sociedade civil e as instituições públicas, organizando politicamente as divisões existentes na sociedade e aglutinando os interesses defendidos pelos grupos de pressão. Estruturam o voto e socializam a política, pois promovem o debate de questões relevantes para o desenvolvimento da comunidade. Por fim é função dos partidos políticos o controle dos representantes pelos representados, estabelecendo uma ligação entre o governo e a opinião pública.

A posição adotada por Pietro Verga (1996), é relevante para o cenário político. De acordo com seu posicionamento os partidos políticos “são associações de pessoas com uma ideologia ou interesses comuns, que, mediante uma organização estável, miram exercer influência sobre a determinação da orientação política do país.”

De acordo com a análise realizada por Bonavides, os partidos políticos acompanham o crescimento da democracia, mas no tocante à doutrina e à institucionalização, enfrentam uma dupla resistência: “a do liberalismo, em mais larga escala, embora dissimulada, e a de certa forma de democracia, a saber, a democracia individualista de Rousseau.”

Ainda na primeira metade do século XX, os partidos políticos não passavam de uma realidade sociológica, sem encontrar abrigo nas legislações. Conforme Bonavides (2010, p. 347), os partidos políticos faziam parte apenas das “Constituições vivas”, mas sem lugar nas “Constituições escritas”, uma vez que a positivação dos partidos políticos não ocorreu de forma ampla nos Estados liberais, mas sim no Estado Social, “na democracia de massas, onde chegam à plenitude de seu poder e reconhecimento jurídico.”

¹⁰ Em suas palavras (ACT- 475-DF): “Não me convenço de que o preceito - cujo significado histórico foi apenas o de proscrever a criação de agremiações partidárias locais, a exemplo da Primeira República -, baste para levar à inconstitucionalidade da legislação. O “caráter nacional” não torna imperativo para todo e qualquer partido a adoção de uma estrutura politicamente centralizada: pelo contrário, a mesma Constituição assegura a cada um deles “autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.” Autonomia, penso, que impede à própria lei e, com mais razão, à Justiça Eleitoral, que dite coerência ortodoxa das Seções estaduais à composição da coligação para as eleições presidenciais em que se haja engajado a legenda.”

Os demais Ministros; Nelson Jobim (Presidente do TSE), Fernando Neves, Luiz Carlos Madeira e Ellen Gracie, votaram com o relator, destacando que a circunscrição eleitoral estadual está contida na circunscrição nacional.

A postura do TSE fez com que os partidos políticos atuassem em três frentes distintas para amenizar as consequências da instrução: a primeira era a utilização do controle concentrado de constitucionalidade para a alteração da decisão do TSE, a segunda foi a de propor diversas consultas a fim de retomar a discussão e esclarecer pontos obscuros do julgamento e, a última foi a propositura da PEC 04/12 um dia após a publicação do julgamento do consulta.

O Supremo Tribunal federal não conheceu as ADIN's (2626 e 2628) e, portanto, não se manifestou acerca do seu mérito. Todavia, fez questão de indicar que a competência para regulamentar os pleitos eleitorais é do TSE e não do STF. As consultas foram julgadas pelo TSE, mas o seu posicionamento foi mantido, mesmo com outra composição.

A PEC n. 04/02, proposta um dia após a publicação da decisão do TSE na consulta acerca da verticalização, foi discutida e aprovada às pressas pelo Senado Federal e encaminhada a Câmara dos Deputados ainda em junho daquele ano. Todavia, como não se respeitaria o princípio da anualidade, a Câmara acabou perdendo o interesse em sua deliberação e passou a discutir outras matérias.

Em 2006, após julgamento de outra consulta sobre o mesmo caso, a Câmara retomou a votação e em fevereiro daquele ano foi promulgada a Emenda Constitucional 52, que alterava o disposto no art. 17 da CRFB/88, que trata do caráter nacional dos partidos políticos. O Tribunal, mesmo com composição totalmente distinta daquela de decidiu pela verticalização, manteve a decisão anterior sob um argumento: alterar o entendimento no ano das eleições seria criar uma nova norma eleitoral que não teria validade para as eleições de 2006, devido ao princípio da anualidade. Ou seja, o argumento para a manutenção da verticalização foi um dos usados pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que foi voto vencido. Assim, o Tribunal adotando uma posição mais conservadora manteve a posição mais arrojada de um julgamento anterior.

Esse julgamento é emblemático e retrata a judicialização da política por três aspectos: o primeiro que nele se discutiu os limites de atuação do Tribunal, o segundo por alterar regras do jogo e provocar uma mudança no cenário político e, o

terceiro, por demonstrar a utilização dos Tribunais (e de suas decisões) para alteração na ordem política interna do país.

Em relação ao primeiro aspecto, o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto foi, baseado na Corte Eleitoral da Costa Rica, discutir a impossibilidade do TSE de legislar em matéria eleitoral. Em suas palavras:

Permiti-me essas considerações - posto me arriscando à repetição do óbvio para deixar claro como, a meu ver, não pode o TSE se deixar envolver na polêmica, que vem agitando homens públicos e jornalistas políticos sobre se seria ou não conveniente que se viesse a impor a simetria ou a coerência entre as coligações que se constituíssem para a disputa da eleição presidencial e as que se formassem para as eleições majoritárias e proporcionais a serem travadas no âmbito de cada Estado-membro: antes é preciso saber se o problema já encontra solução unívoca na legislação eleitoral.

A preocupação do Ministro residia na possibilidade do Tribunal ser o responsável por mudanças na vida política do país, alterando as composições partidárias e conduzindo a democracia brasileira para rumos desejados pelo Judiciário e não pela classe política. Seu medo se concretizou na prática.

Analisando os dados fornecidos no sítio do TSE nas eleições de 1994 e 1998 e 2002 (após a decisão da Corte) verifica-se que historicamente os partidos políticos brasileiros tiveram que se rearranjar em um padrão de coligações completamente distantes da realidade dos partidos até aquela eleição. Por exemplo: nas eleições de 1994 e 1998, o único partido que formou coligações simétricas foi o PSTU. Isso porque quando o partido disputou as eleições para o cargo de Governador, não se coligou com nenhum outro para o cargo de Presidente.

Assim, havia um padrão estabelecido: assimetria das coligações estaduais (Governador do Estado) em relação as federais (Presidência da República). Com a decisão esse cenário alterou-se. O TSE decidiu que, no tocante aos arranjos políticos, todo o arranjo político desenhado pelos partidos estava errado e que, em nada contribuía para ao desenvolvimento democrático do país e para o fortalecimento partidário a assimetria de coligações. Assim, há quatro meses das convenções e oito das eleições eles deveriam se adaptar à nova realidade eleitoral, fundamentada no caráter nacional dos partidos.

Mas, a prática política se redesenhou e acabou por ampliar a regionalização das coligações, contribuindo para criação de plataformas informais

para a eleição a presidência. Em tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Valter Rodrigues de Carvalho (2012, p. 67-68), dedicou-se ao exame das escolhas eleitorais sob a regra da verticalização. Para o autor:

Os dados empíricos nos permitem concluir que a prática de coligações uniformizadas produziu efeitos quanto à maximização das escolhas eleitorais dos partidos no plano estadual. A mais forte constatação de que a obrigação de coligação uniformizada pela lógica nacional produziu escolhas irracionais dos partidos nas eleições de governador foi encontrado nas eleições de 2002. Nestas eleições os partidos não tiveram tempo hábil para refazerem suas escolhas tendo em vista a adequação à norma do TSE imposta no curso mesmo do jogo eleitoral. Mesmo os partidos que não formaram acordos nacionais, casos do DEM/PFL e PP/PPB, os percentuais ficaram muito abaixo dos de 1998 e 2006. Nas eleições de 2006, mesmo os partidos que se aliaram nacionalmente não sofreram perdas nas escolhas estaduais, exemplo do DEM, por que o leque de partidos livres de alianças nacionais foi muito grande. A retirada dos partidos do pleito nacional em 2006 está relacionada à irracionalidade, da perspectiva das organizações partidárias, das coligações verticalizadas. Assim, mesmo uma candidatura presidencial com grandes chances eleitorais, caso de Lula em 2006, não atraiu aliados, como ocorreu com a reeleição de FHC em 1998.

Esse constitui um exemplo interessante para a análise da existência da judicialização da política no âmbito eleitoral. A verticalização conseguiu impingir um desalinhamento nos subsistemas partidários e gerou escolhas irracionais a partir do parâmetro usado nas eleições presidenciais. O autor acima citado argumenta que os partidos optaram por duas situações distintas: a intervenção (caso do PT e PSB) e a liberação dos diretórios estaduais (caso das coligações PSDB/PMDB e PPS/PDT/PTB). Todavia, a utilização dessas estratégias não impediu que a dinâmica eleitoral nas eleições de 2002 caracterizasse por um jogo altamente instável, por conta da existência de coligações impostas ou informais, gerando um alto grau de conflito e incerteza no que concerne ao jogo de aliados nas demais áreas do jogo. O desempenho dos candidatos na arena presidencial nas pesquisas de opinião (casos de Ciro Gomes, Anthony Garotinho e Serra) moldou o jogo dos aliados nos estados, com exceção da candidatura de Luis Inácio Lula da Silva que em âmbito nacional era estável porque seu desempenho nas pesquisas manteve-se sem muitas alterações no decorrer da disputa; isso induziu a estabilidade das alianças forjadas em torno dele.

Além disso, os partidos políticos se organizaram para tentar dificultar a

atuação de agentes estranhos à política, para isso, promulgaram a PEC 52 que alterou o disposto no art, 17 da CRFB/88, incluindo em seu parágrafo primeiro a seguinte redação:

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento **e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal,** devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (grifo nosso).

A promulgação da PEC comprova a reação político-partidária a um comportamento de judicialização da política. Ou seja, trata-se de uma postura contrária ao avanço do Judiciário sobre os padrões definidos pela práxis política.

Outro exemplo de interferência jurídica na arena política ocorreu neste ano, ou seja, em 2014. O Tribunal Superior Eleitoral analisou, a pedido da Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, a redefinição do número de cadeiras para deputados federais por Unidade da Federação e, como consequência, a adequação das Assembleias Legislativas e Câmara Distrital.

O deferimento do pedido, a partir do voto da Ministra Nancy Andrighi alterou a bancada de 13 Estados na Câmara dos Deputados.¹¹

Durante os debates no Plenário do TSE foram apresentadas três propostas para a alteração não só do número de cadeiras, mas sim, da fórmula do cálculo. A proposta vencedora foi a da Ministra Relatora.¹²

¹¹ O Pará é o Estado que mais cresce em bancada na próxima Legislatura da Câmara dos Deputados (2015-2018), ganhando quatro cadeiras (passando de 17 para 21). O Ceará e Minas Gerais terão mais duas cadeiras cada um (passando o Ceará de 22 para 24 e Minas de 53 para 55). Por sua vez, Amazonas e Santa Catarina aumentam sua respectiva bancada em um deputado federal (com o Amazonas indo de 8 para 9 cadeiras, e Santa Catarina, de 16 para 17). Já os Estados da Paraíba e Piauí sofrem a maior redução de bancada. Perdem dois deputados federais cada um (passando a Paraíba de 12 para 10 e o Piauí, de 10 para 8). Já Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul perdem um deputado na Câmara na próxima legislatura. No caso, Pernambuco vai de 25 para 24 cadeiras, Paraná, de 30 para 29, Rio de Janeiro, de 46 para 45, Espírito Santo de 10 para 9, Alagoas de 9 para 8, e o Rio Grande do Sul, de 31 para 30 deputados federais a serem eleitos. (TSE, 2014)

¹² A solução adotada divide-se em duas etapas. A primeira delas teve como referência o artigo 106 do Código Eleitoral, que trata da definição do quociente eleitoral nas eleições proporcionais – apurado mediante a divisão do “número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral”. Este artigo dispõe que “determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior”. Nesse contexto, calcula-se inicialmente o Quociente Populacional Nacional (QPN) mediante a divisão da população do país apurada no Censo 2010 pelo número de cadeiras de deputados federais; em seguida, divide-se

O ministro Marco Aurélio divergiu do voto da Relatora afirmando que caberia ao Congresso Nacional em sede de Lei Complementar definir o número de deputados federais. Em suas palavras: “[...] Não é dado concluir que onde, por exemplo, há exigência de lei no sentido formal e material se pode ter simplesmente uma Resolução em certo processo administrativo”. (TSE, 2014). Sustentou, ainda, que a Constituição Federal, estando no ápice da pirâmide das normas jurídicas, não cogita a hipótese de substituição de regulamentação de lei complementar para simples resolução, formulada em sessão administrativa pelo Tribunal.

Acompanhou na divergência, a Ministra Cármen Lúcia que enfatizou em seu voto a inconstitucionalidade da alteração, dada em uma sessão

a população de cada unidade da Federação pelo QPN, originando o Quociente Populacional Estadual (QPE); despreza-se a fração, independentemente se inferior ou superior a 0,5, considerando-se apenas o número inteiro; arredonda-se para oito o QPE nos Estados cujos índices foram inferiores a esse valor, em atendimento ao artigo 45, da Constituição Federal, ao passo que, no Estado de São Paulo (o mais populoso), adequa-se o QPE para 70, em observância ao dispositivo legal. Como exemplo, citou o cálculo inicial do número de cadeiras destinadas ao Estado da Bahia: o quociente populacional nacional seria igual a 190.755.799 (população do País) dividido por 513 (total de cadeiras), no total de 371.843,66. Calcula-se o quociente populacional estadual, que seria a divisão entre 14.016.906 (população da BA) por 371.843,66 (QPN), com o resultado de 37,69, desprezando-se a fração. De acordo com a ministra, realizadas as operações com todas as unidades da Federação, constata-se o preenchimento inicial de 496 cadeiras das 513 existentes, o que indica uma sobra de 17 vagas. O cálculo das sobras será realizado excluindo-se os Estados com Quociente Populacional Estadual (QPE) acima de 70 (São Paulo) e abaixo de oito (Acre, Amapá, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins). Em outras palavras, as 17 cadeiras que compõem as sobras serão distribuídas entre as 18 unidades da Federação remanescentes. Desse modo, a segunda etapa da fórmula consiste no cálculo da distribuição dessas sobras. Para tanto, adotou-se, por analogia, o disposto no artigo 109 do Código Eleitoral, que disciplina o cálculo do quociente partidário nas eleições proporcionais. Este dispositivo diz que “os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras: divide-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação de partido pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher; repete-se a operação para a distribuição de cada um dos lugares”. Na distribuição dos restos ou sobras, de acordo com a ministra, o critério adotado pela legislação brasileira é o da Melhor Média, que consiste na realização do cálculo real do número de votos que o partido necessitou para obter cada cadeira. Esse cálculo somente será possível após a definição do quociente eleitoral. Obtidas as médias que cada partido necessitou para eleger seus representantes, distribuem-se as cadeiras faltantes às melhores médias. Dessa forma, são realizados os seguintes passos para a distribuição das 17 cadeiras que sobraram: de início, excluem-se os Estados com Quociente Populacional Estadual (QPE) acima de 70 (São Paulo) e abaixo de oito (Acre, Amapá, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins); calcula-se, então, a Maior Média (MM) mediante a fórmula “população do Estado dividida pelo (número de cadeiras inicial do Estado + 1)”, aplicando-se por analogia o artigo 109, do Código Eleitoral; a unidade da Federação com a maior média obtida ganha a primeira cadeira da sobra. Repete-se a operação sucessivas vezes para a distribuição de cada uma das sobras remanescentes, acrescentando-se, nos cálculos seguintes, o novo número de cadeiras destinadas ao Estado nesta segunda etapa. Segundo a ministra, esta proposta assegura maior proporcionalidade – entre a população das unidades da Federação e o respectivo número de cadeiras – e ainda tem a vantagem de fundar-se em premissa de cálculo contida na legislação eleitoral (cálculo dos quocientes eleitoral e partidário, conforme os artigos. 106 e 109 do Código Eleitoral).

administrativa, pois “tanto administrador, quanto legislador, quanto juiz tem que se submeter à Constituição e às leis da República (TSE, 2014).

Após a edição da resolução, o Congresso Nacional suspendeu os seus efeitos via Decreto Legislativo 424/2013. Mesmo assim, o Plenário do TSE ratificou sua posição.

Assim, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal para discussão acerca da constitucionalidade do Decreto Legislativo. A relatora do caso foi a Ministra Rosa Weber (ADIs 4963 e 4965). Seu posicionamento foi no sentido de que a resolução do TSE invadiu a competência do Congresso Nacional ao fixar, com base nos dados do IBGE (2010), o número de vagas para os deputados federais. Segundo a Ministra o art. 45, parágrafo 1º da CRFB/88 prevê que a fixação se dará via Lei Complementar, vedada a delegação. Todavia, a LC 78/1993 não fixou o número de vagas nem qualquer critério para essa determinação, delegando essa função ao TSE, que inovaria na ordem legislativa nacional. Em suas palavras: “Ao TSE não compete legislar, e sim promover a normatização da legislação eleitoral”. Seguiram esse mesmo posicionamento os ministros: Teori Zavascki, que complementou informando que o único Tribunal que poderia prever o número vagas seria o STF através de mandado de injunção, ministro Luiz Fux, ministro Ricardo Lewandowski, ministro Marco Aurélio e ministro Celso de Mello e ministro Joaquim Barbosa.

Em sentido contrário, inicialmente votou o ministro Gilmar Mendes, também relator de algumas ADIs, que entendeu pela constitucionalidade da Resolução. Segundo ele, o TSE usou informações do Censo de 2010, que detectou mudanças significativas na população de diversos estados, entre eles o Pará, que teve sua bancada aumentada. O ministro destacou que seria inviável a edição de lei complementar a cada quatro anos para proceder à atualização das bancadas. E lembrou que, desde 1990, o TSE fixa o quantitativo na Câmara dos Deputados.

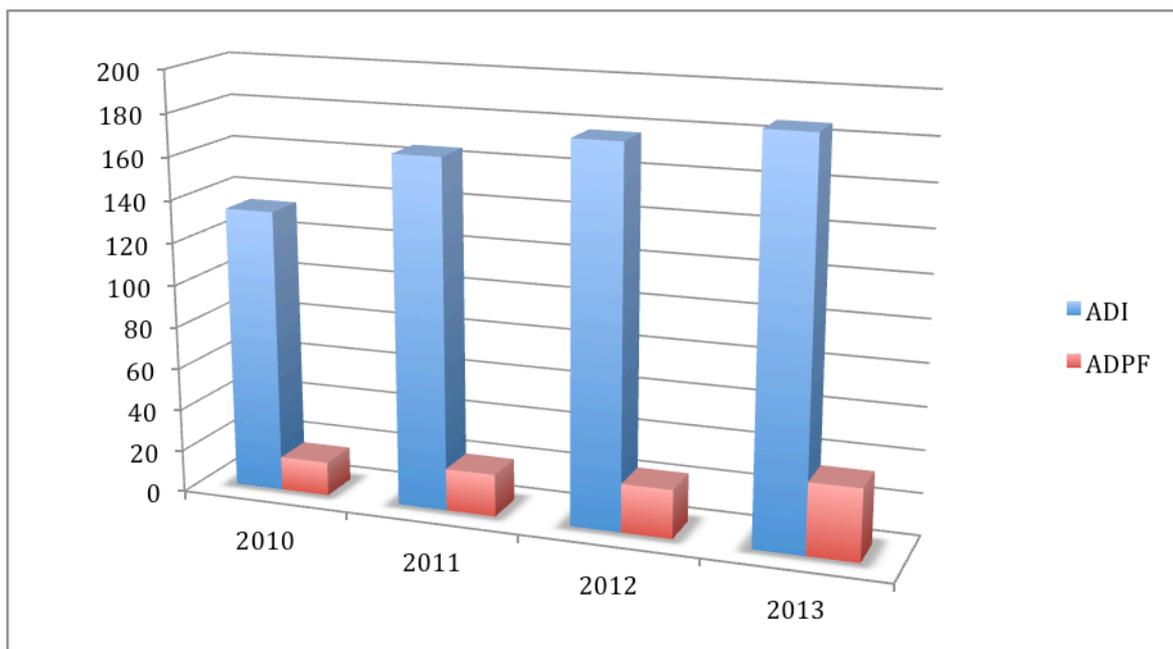
O voto do ministro Gilmar foi acompanhado pelo ministro Luís Roberto Barroso que afirmou a inexistência do direito adquirido a um quantitativo de representação eleitoral. Para ele, a resolução do TSE não impede que o Congresso Nacional exerça a sua competência mediante edição de lei complementar. “A falta de consenso no Congresso não pode congelar a representação política e produzir uma desproporcionalidade que viola, a meu ver, claramente a Constituição”, completou. Nesse mesmo sentido, também votou o ministro Dias Toffoli.

Na argumentação dos ministros vencidos, mas também dos vencedores, é possível notar qualquer despreocupação com a interferência da função legiferante na mudança repentina das regras do jogo eleitoral. Alguns, os pertencentes à tese vencida, vão mais além, afirmando que é função da Corte atuar nos casos em que o Congresso está dividido. Ora, o Parlamento estar dividido é algo bom a democracia. A discussão de ideias, os debates acerca de posições valorativas das mais diversas ordens aumenta a participação, mesmo que indireta, do povo. O debate de ideias e de posições é o espírito do Legislativo.

Trazer essas questões para o julgamento de 11 pessoas que não representam a sociedade, nem seus valores, é minimizar a relevância do Parlamento para a democracia. Por óbvio, que o STF deve atuar no controle de constitucionalidade, impedindo que abusos aos direitos fundamentais sejam realizados. Mas, tomar para si o monopólio da última palavra em assuntos que são propícios aos debates políticos é transformar o Judiciário em legislador, afetando a tripartição dos poderes e contribuindo, de maneira significativa, para um decréscimo democrático no país.

A terceira forma de judicialização identifica-se com a análise da ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, através do exame da propositura de ADI's, ADC's e ADPF's. Isso ocorre porque o controle de constitucionalidade está diretamente ligado a atuação do Legislativo, pois o objeto da ação será sempre a análise em tese de uma norma jurídica. Ademais, segundo Vianna (1999) essas ações permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais. Aqui há inclusive uma interrelação com a primeira acepção da judicialização.

Observando o gráfico abaixo, é possível verificar um acréscimo na interposição dessas demandas perante o Supremo Tribunal Federal.



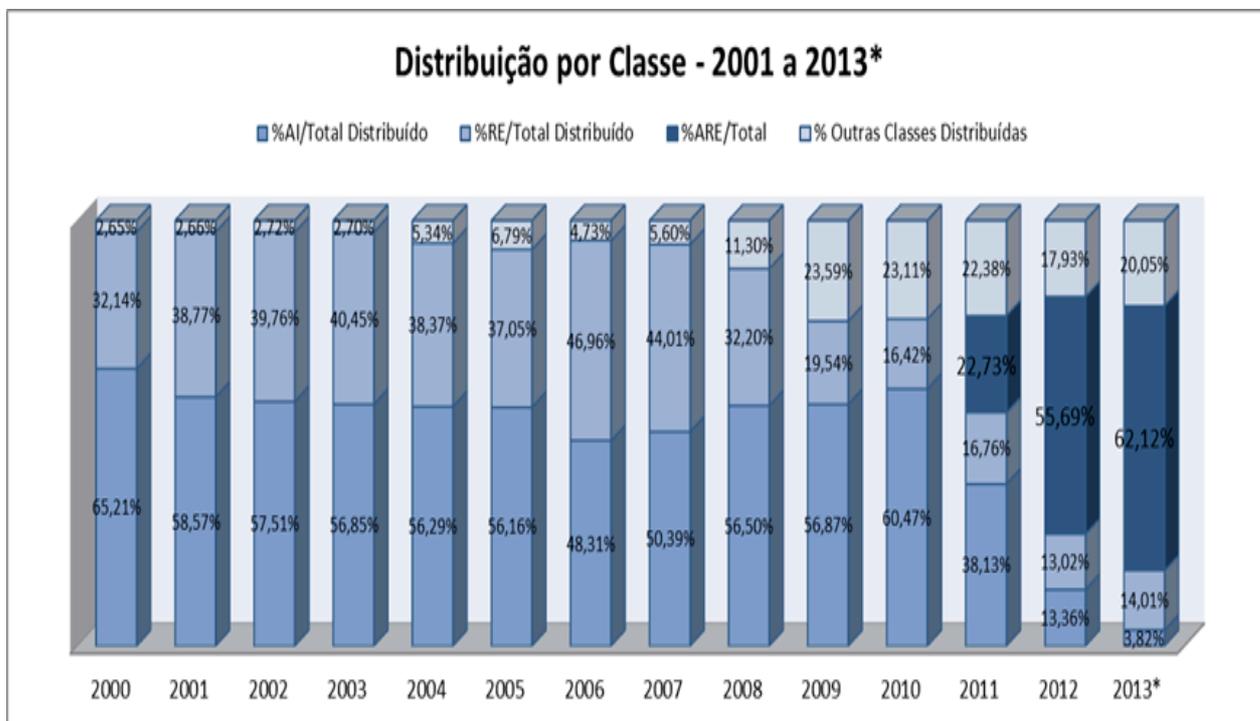
fonte: Relatório de Atividades do STF (STF, 2014).

Embora o estudo, nessa primeira análise, não examine as causas da judicialização, faz-se necessária a informação de que a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade se deve também a uma atuação mais incisiva do Ministério Público Federal, através do Procurador Geral da República. Segundo dados obtidos junto à Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal, o maior litigante em termos de propositura de ações constitucionais é o Ministério Público.

Por fim, a quarta forma de judicialização da política trata da implementação de políticas públicas pelo Judiciário brasileiro. Trata-se da utilização da tutela jurisdicional para a concretização de direitos fundamentais não assegurados pelo plano nacional de políticas públicas. O recorte metodológico para a análise dessa faceta considera as ações de arguição de descumprimento fundamental (ADPFs) e os recursos extraordinários (RE's) que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, pois nesses estão contidos o maior número de casos de decisões acerca das políticas públicas e, também, dada a impossibilidade de exame dos dados de todo o Judiciário brasileiro. Nesse sentido, segundo dados obtidos junto à assessoria de gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal, as ações de medicamentos, vagas em hospitais, escolas e creches tiveram um aumento acentuado, corroborando com a afirmação anterior.

Os dados sobre as ADPF's já foram apresentados no gráfico anterior.

Neste, comprovar-se-á o aumento da interposição de recursos extraordinários¹³ no Supremo Tribunal Federal.



A partir do gráfico é possível avaliar a diminuição de interposição de Recursos Extraordinários a partir de 2008. Isso ocorreu a partir da introdução do instituto da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, com a adoção dessa técnica processual sobem ao STF somente dois ou três casos (*leading cases*), ficando os demais sobrestados nos Tribunais de origem.

¹³ São quatro as hipóteses constitucionais de cabimento do RE que estão previstas no inciso III, do art. 102 da Constituição Federal. A primeira hipótese trata da decisão que contrariar o texto constitucional, ou seja, é a decisão que está em desconformidade com o sentido da norma. Como o STF é o guardião da Constituição Federal ele possui o monopólio de sua interpretação, dando a última palavra. Essa desconformidade deve ser direta, pois caso esteja relacionada com a norma infraconstitucional, caberá REsp e não RE. A segunda hipótese trata da análise da constitucionalidade de lei federal ou tratado internacional. O controle de constitucionalidade poderá ser concentrado ou difuso. E ainda, abstrato ou concreto. Por concentrado entende-se o controle exercido por um órgão do Poder Judiciário. No Brasil, o STF é responsável pelo controle da Constituição Federal enquanto que os Tribunais de Justiça dos Estados são competentes para avaliar a constitucionalidade tendo como parâmetro a Constituição Estadual do seu respectivo Estado. O controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, sendo em última instância, o STF competente para analisa-lo, em regra, através do Recurso Extraordinário. A terceira situação é aquela em que o STF se manifesta nas alegação de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, na alínea "c" a decisão recorrida julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. A quarta e última forma de interposição de RE foi inserida pela Emenda Constitucional 45/2004 e trata das decisões que tenham julguem válida a lei local em face da lei federal.

Segundo o Supremo Tribunal Federal:

É instrumento processual que possibilita ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários que analisará, de acordo com critérios de relevância jurídica, social, política ou econômica. O uso dessa ferramenta resulta em diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. (STF, Relatório de atividades, 2013, p.30)

A análise não pode se restringir a aspectos meramente quantitativos. Por isso, necessária a avaliação dos conteúdos das decisões judiciais proferidas pelo STF para a concretização de direitos fundamentais não assegurados pelo plano nacional de políticas públicas.

Em 2004 foi julgada prejudicada, por perda do objeto, medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 proposta pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) contra veto do Presidente da República do § 2º do art. 55 convertido na Lei 10.707/2003 (LDO). O dispositivo vetado possuía a seguinte redação:

Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade de dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

O Partido sustentava que o veto desrespeitava a garantia mínima de recursos (EC 29/2000) a serem aplicadas nas ações e serviços públicos de saúde. Embora se tenha decidido pela perda superveniente de objeto, já que o Presidente da República encaminhou, junto com o veto, projeto de lei ao Congresso restaurando integralmente o parágrafo anteriormente citado.

A par dos critérios formais do julgamento, o ministro Relator Celso de Mello avaliou a possibilidade ou não do Judiciário de implementar políticas públicas através de ADPF.

Da mesma forma, no agravo regimental em recurso extraordinário n. 639.337, também relatado pelo ministro Celso de Mello, avaliou-se a omissão do Município de São Paulo em oferecer vagas em creches para crianças com até 05 (cinco) anos de idade.

Nos dois casos, a discussão ocorreu sobre a efetividade dos direitos fundamentais possibilitada através da propositura de políticas públicas que contemplassem esta efetivação.

Alguns pontos foram recorrentes nestas duas decisões: categorização dos direitos fundamentais, descumprimento das políticas públicas determinadas por ordem constitucional, controvérsia entre mínimo existencial, reserva do possível e a proibição do retrocesso.

O primeiro ponto a ser discutido refere-se categorização e divisão em status dos direitos fundamentais a fim de delimitar a área de atuação no tocante às políticas públicas.

O ministro Relator Celso de Mello avalia esta concepção ao citar a doutrina exposta por Holmes e Sunstein (*The cost of rights*) admitindo um custo maior aos direitos prestacionais e adotando a premissa na qual há um limite para a imposição de gastos. Essa ideia traz a tona outro argumento recorrente: a reserva do possível. Em suas palavras:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' [...], notadamente em sede de efetivação e implementação de (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade do econômicafinanceira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Continua sua sustentação afirmando que não é lícito ao Poder Público fraudar suas contas a fim de obstaculizar a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, em sendo a dotação orçamentária uma contingência do momento histórico e que não pode ser esquecida, ao seu lado persiste a função da arrecadação: a de propiciar um mínimo existencial para a população. Ao se estabelecer padrões mínimos, o Estado deve convergir seus esforços financeiros para concretizá-los.

Assim, surge o impasse da reserva do possível com outra abordagem dada aos direitos fundamentais: o mínimo existencial. A proteção do mínimo existencial obriga o Poder Público a garantir condições adequadas de existência digna, com acesso aos denominados direitos de liberdade e também aos direitos prestacionais.

Sendo necessária a observância da reserva do possível e do mínimo

existencial, pode o Judiciário implementar políticas públicas no caso de omissão do aparato estatal?

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou por diversas vezes no sentido de que não cabe ao Judiciário a total implementação da política pública, ou seja, sua criação, avaliação e execução. Todavia, nos casos em que a necessidade de atuação do Estado é dada pela Constituição e existindo omissão do Estado, pode o Judiciário determinar que aquele cumpra com sua função constitucional.

No caso julgado recentemente pela 2ª Turma do STF sobre a necessidade de oferta de vagas escolares para crianças de até 5 anos, a manifestação foi no seguinte sentido:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos poderes Executivo e Legislativo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com sua omissão, a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estrutura constitucional.

Entende-se que a posição adotada nos dois julgados aqui trazidos contempla duas facetas desta questão: a primeira na efetivação dos direitos fundamentais pelo Judiciário. Este é reconhecimento o órgão protetor das minorias e daqueles que tiveram seus direitos negados pelo Poder Público. Não pode o Judiciário se eximir desta função. Da mesma forma, há que se avaliar a ingerência ou interferência nos outros dois poderes.

De todas as possibilidades de avaliação do fenômeno, o recorte escolhido para a tese abrange dois aspectos da judicialização: a jurisdição constitucional e sua interferência processual na implementação de políticas públicas e alteração das regras do jogo eleitoral, via Supremo Tribunal Federal.

2.2 A judicialização da política no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o modelo de Constituição rígida concedendo superioridade a lei constitucional e possibilitando a existência do controle de constitucionalidade.

O Brasil possui um sistema complexo, abrangente e misto de controle de constitucionalidade, em seu aspecto jurisdicional. Assim, a análise de validade das normas jurídicas pode ocorrer de maneira concentrada, de competência específica do Supremo Tribunal Federal, ou de maneira difusa, alargando a competência desse controle para todos os Magistrados brasileiros.

O primeiro analisa a validade da norma jurídica de forma abstrata, ou seja, desvinculada de qualquer caso concreto. Pode ser exercido através de ações específicas, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta Interventiva e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹⁴

Já o controle difuso, de raiz estadunidense, qualquer juiz ou Tribunal (*judicial review*) pode afastar a aplicação de uma lei ao caso concreto por considerá-la incompatível com a Constituição¹⁵.

A utilização do controle de constitucionalidade para alteração de regras eleitorais e políticas e a implementação de políticas públicas constitui formas de judicialização da política.

Conforme o gráfico trazido anteriormente nesta pesquisa, é possível acompanhar um aumento gradativo do número de ADI's e ADPF's. Esse dado não significa, isoladamente, um processo de maior judicialização da política, posto que necessária a verificação do objeto discutido, mas é capaz de demonstrar uma maior procura pelo STF e sua interferência no tocante ao controle da atividade legislativa.

¹⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

¹⁵ Conceitua Mauro Cappelletti (1984, p. 67):

[...] a) o “sistema difuso”, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a *todos os órgãos judiciários* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e

b) o “sistema concentrado”, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, *em um único órgão judiciário*.

De acordo com os dados obtidos junto a Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal, das 4.613 (quatro mil seiscentas e treze) ADI's cadastradas no STF, 882 (oitocentas e oitenta e duas) foram propostas por Partidos Políticos, fazendo desse legitimado o maior litigante no caso das ADI's. O segundo lugar é o do Procurador Geral da República com 838 (oitocentos e trinta e oito) ações propostas.

Esse dado revela a utilização do Supremo Tribunal Federal pelos partidos políticos. Infelizmente o Tribunal não possui dados sistematizados e confiáveis a respeito da discussão nas referidas ADI's, o que contribuiria ainda mais para a análise da judicialização. Em pesquisa interna, utilizando o sistema de cadastramento do STF, via assessoria de gestão estratégica, os dados sobre o objeto das ações foi inconsistente. Assim, impossível apontar qual o objeto mais discutido, mas é possível examinar o conteúdo de algumas das decisões, para se inferir se o STF tem adotado uma postura de maior ou menor interferência nas regras do jogo político.

É possível, no entanto, fazer uma busca com o seguinte filtro: ELEITORAL. Mesmo sendo impossível cruzar os dados com um legitimado específico, por questões de segurança na pesquisa, é possível identificar que 89 ações as seguintes ações já julgadas pelo STF (de 1990 a 2014), com os mais variados conteúdos atinentes ao processo eleitoral.¹⁶

Conforme já tratado, a propositura de ações, ao retirar o Poder Judiciário de sua inércia característica, pede que a situação trazida seja analisada. Assim, a propositura de ADI's pelos partidos políticos e demais legitimados com conteúdo eleitoral, abre a possibilidade do Tribunal alterar e regular as regras do jogo da maneira que entender mais plausível ao caso. Nesse sentido, a tabela acima é de extrema relevância, pois nos informa todas as alterações eleitorais julgadas pelo STF, como perda de mandato, cassação de registro e diploma, propaganda eleitoral, questões que versam sobre as inelegibilidades e a última decisão, proferida no dia 18/06/2014, que julgou inconstitucional a fixação do número de vagas para o deputados federais via resolução pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O problema vem se agravando. Com a reforma do Poder Judiciário, via Emenda Constitucional 45/04, foi introduzido na Constituição um novo requisito de

¹⁶ Nos anexos foi disponibilizada a tabela com os dados mais relevantes da pesquisa.

admissibilidade recursal ao recurso extraordinário: a existência de repercussão geral.

2.2.1 A repercussão geral como instrumento do incremento da judicialização da política.

É aqui que se coloca uma das questões primordiais da utilização do instituto processual da repercussão geral para fins de judicialização da política. A decisão dada pelo Tribunal atingirá todos os processos sobrestados nos Tribunais *a quo*, uma vez que o procedimento da análise desse requisito prevê a subida de apenas dois ou três processos, que constituirão o chamado “*leading case*”. Nas ações de controle concentrado a discussão sempre ocorrerá em tese, mas aqui a discussão se dá a partir de questões trazidas de casos particulares, com características do caso analisado e os demais assemelham-se nos pedidos. Como usar uma decisão padrão para casos que se assemelham? E esse cenário acaba sendo agravado quando se trata da implementação de políticas públicas¹⁷.

Não se tratam de poucas decisões, note-se a pesquisa feita pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF a respeito do impacto das decisões de repercussão geral, ou seja, consideram-se os processos atingidos pelo julgamento da repercussão e o mérito dos recursos extraordinários:

Total de Impactados pela Repercussão Geral por Tribunal

Tribunal	Ult. Data de Atualização	Qtd. Processos
Juizado Especial Federal do TRF da 2ª Região	21/10/2013	6.986
Juizado Especial Federal do TRF da 3ª Região	13/09/2011	8.767
Juizado Especial Federal do TRF da 5ª Região	13/09/2011	13.060
Superior Tribunal de Justiça	05/03/2012	8.389
Tribunal de Justiça da Bahia	20/08/2014	9
Tribunal de Justiça da Paraíba	10/04/2014	17
Tribunal de Justiça de Alagoas	20/08/2014	20
Tribunal de Justiça de Minas Gerais	05/06/2012	2.490
Tribunal de Justiça de Pernambuco	20/08/2014	46
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	16/10/2013	1.098

¹⁷ As dificuldades do uso da repercussão geral serão analisadas no terceiro da tese.

Tribunal de Justiça de São Paulo	05/08/2014	12.429
Tribunal de Justiça de Sergipe	05/11/2013	94
Tribunal de Justiça do Acre	20/08/2014	310
Tribunal de Justiça do Amapá	20/08/2014	5
Tribunal de Justiça do Amazonas	11/04/2014	92
Tribunal de Justiça do Ceará	20/08/2014	5
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	20/08/2014	232
Tribunal de Justiça do Espírito Santo	20/08/2014	140
Tribunal de Justiça do Maranhão	05/08/2014	3
Tribunal de Justiça do Mato Grosso	20/08/2014	4
Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul	20/08/2014	553
Tribunal de Justiça Do Paraná	20/08/2014	940
Tribunal de Justiça do Piauí	11/04/2014	1
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	20/08/2014	649
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	20/09/2012	44
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	20/08/2014	68.691
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	24/09/2013	3.620
Tribunal Regional Federal da 2ª Região	20/08/2014	1.209
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	20/12/2011	3.500
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	11/04/2014	22.754
Tribunal Superior do Trabalho	20/08/2014	509
Total Geral	20/08/2014	156.666

Além desse gráfico, há o impacto sobre o sobrestamento dos processos que aguardam julgamento (análise da repercussão e/ou do mérito):

Total de Processos Sobrestados pela Repercussão Geral por Tribunal

Tribunal	Ult. Data de Atualização	Qtd. Processos
Juizado Especial Federal do TRF da 2ª Região	21/10/2013	13.416
Juizado Especial Federal do TRF da 3ª Região	13/09/2011	28.558
Juizado Especial Federal do TRF da 5ª Região	13/09/2011	7.676
Superior Tribunal de Justiça	05/03/2012	1.686
Tribunal de Justiça da Bahia	20/08/2014	4.438
Tribunal de Justiça da Paraíba	10/04/2014	622
Tribunal de Justiça de Alagoas	20/08/2014	496
Tribunal de Justiça de Minas Gerais	05/06/2012	13.732

Tribunal de Justiça de Pernambuco	20/08/2014	2.172
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	16/10/2013	54.856
Tribunal de Justiça de São Paulo	05/08/2014	292.561
Tribunal de Justiça de Sergipe	05/11/2013	938
Tribunal de Justiça do Acre	20/08/2014	295
Tribunal de Justiça do Amapá	20/08/2014	34
Tribunal de Justiça do Amazonas	11/04/2014	183
Tribunal de Justiça do Ceará	20/08/2014	624
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	20/08/2014	3.226
Tribunal de Justiça do Espírito Santo	20/08/2014	750
Tribunal de Justiça do Maranhão	05/08/2014	804
Tribunal de Justiça do Mato Grosso	20/08/2014	575
Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul	20/08/2014	3.147
Tribunal de Justiça Do Paraná	20/08/2014	13.439
Tribunal de Justiça do Piauí	11/04/2014	249
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	20/08/2014	3.328
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	20/09/2012	793
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	20/08/2014	22.267
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	24/09/2013	11.233
Tribunal Regional Federal da 2ª Região	20/08/2014	2.773
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	11/04/2014	167.328
Tribunal Superior do Trabalho	20/08/2014	39.491
Total Geral	20/08/2014	691.690

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF

Somando-se as duas tabelas, tem-se 837.101 (oitocentos e trinta e sete mil, cento e um) processos impactados pela repercussão geral. A respeito desse número são necessárias algumas considerações. A primeira é pelo motivo da sua utilização. A pesquisa busca comprovar que a repercussão geral está sendo usada como instrumento de judicialização, embora para isso não se faça necessária a verificação numérica, buscou-se demonstrar a relevância e utilização das decisões em sede de repercussão geral no cenário jurídico-político brasileiro.

O segundo ponto ocorre na utilização de dados parciais. A Assessoria de Gestão Estratégica, desde a gestão do Ministro Cezar Peluso, busca criar mecanismos mais fidedignos de sistematização dos números do Poder Judiciário. Todavia, esse tem sido um trabalho difícil. Primeiro porque os Tribunais nacionais

não possuem um sistema eficiente de coleta dos números. Assim, se observada a tabela notar-se-á a ausência de diversos órgãos jurisdicionais motivada pela incapacidade de gerenciar os dados. Segundo, que muitos Tribunais cadastram seus processos sobrestados de maneira diversa do cadastramento feito pelo STF. Ou seja, enquanto, o STF faz seu relatório por temas e os identifica por números, alguns Tribunais identificam os temas diferentemente ocasionando uma distorção numérica. Mesmo assim, a partir da verificação dos números, acima identificados, é possível se compreender a gigantesca dimensão que essas decisões produzem. Processos que antes tinham seu resultado restrito às partes, agora atingem mais de 100.000 casos e, conseqüentemente, pelo menos 200.000 pessoas, se nos polos ativo e passivo da demanda existirem apenas duas pessoas.¹⁸

Período	Recursos Extraordinários Distribuídos				
	Total	Com Preliminar de RG		Sem Preliminar de RG	
		Quantidade	%	Quantidade	%
2º Sem 2007	20.002	2.676	13,38	17.326	86,62
1º Sem 2008	15.259	4.405	28,87	10.854	71,13
2º Sem 2008	6.483	2.738	42,23	3.745	57,77
1º Sem 2009	4.729	2.355	49,80	2.374	50,20
2º Sem 2009	3.721	1.724	46,33	1.997	53,67
1º Sem 2010	3.175	1.679	52,88	1.496	47,12
2º Sem 2010	3.662	2.458	67,12	1.204	32,88
1º Sem 2011	3.924	2.992	76,25	932	23,75
2º Sem 2011	2.635	2.134	80,99	501	19,01
1º Sem 2012	1.461	1.236	84,60	225	15,40
Total	65.051	24.397	37,50	40.654	62,50

Fonte: Portal de Informações do STF

Ano	Processos Distribuídos	RE Distribuídos
2013*	27.528	3.805
2012	46.392	6.042
2011	38.109	6.388

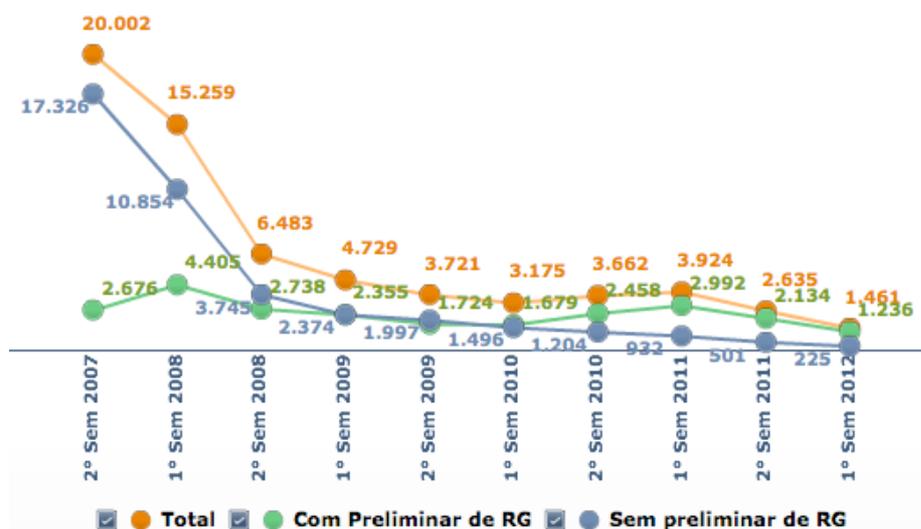
¹⁸ “A fim de permitir que a pauta de julgamentos de repercussão geral privilegie temas que impactam maior volume de processos, foi iniciado levantamento, junto a todos os tribunais, acerca dos recursos atualmente sobrestados. Esse levantamento proporcionará percepção mais precisa da situação dos temas que aguardam pronunciamento da Corte, para que sejam direcionados esforços à solução definitiva dessas questões.

Percebeu-se, ao longo da pesquisa, que muitos tribunais não dispõem de recursos para o gerenciamento de seu acervo. Paralelamente, o STF iniciou uma parceria com o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça - DPJ, para conhecer melhor a realidade de cada tribunal e as dificuldades que enfrentam no levantamento de dados e no gerenciamento de processos sobrestados. O objetivo é articular, junto ao Conselho, formas de, em curto prazo, auxiliá-los a superar essas dificuldades.” (STF, Relatório de Atividades, 2011, p. 51)

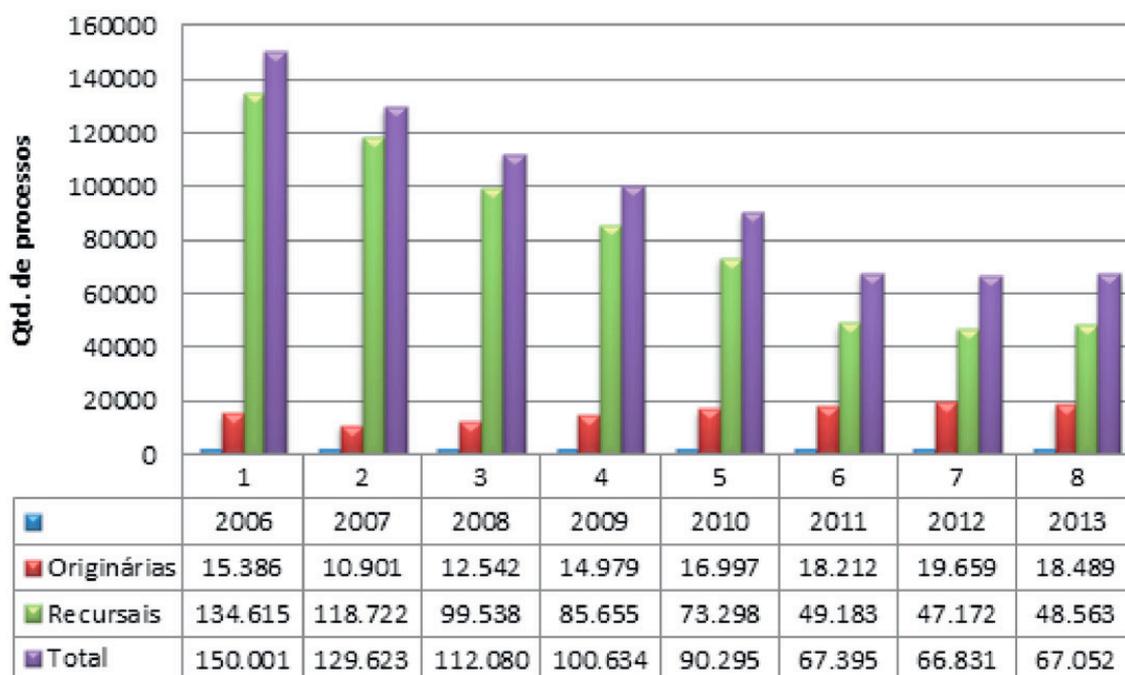
2010	41.014	6.735
2009	42.729	8.348
2008	66.873	21.531
2007	112.938	49.708
2006	116.216	54.575

Fonte: Portal de Informações do STF

Distribuição de Recursos Extraordinários por semestre



Fonte: Portal de Informações do STF



Fonte: Portal de Informações Gerenciais.

Além dos números do impacto da repercussão geral, é necessário o exame de seus conteúdos. Para tanto, o STF classifica os processos a partir da descrição de temas¹⁹, ou seja, há uma reunião de processos que se assemelham ao redor de temas. Atualmente, o acervo da repercussão geral conta com 755 temas²⁰, dos quais 118 já tiveram o mérito julgado. Desses selecionou-se um: o tema 203 que trata do critério do cálculo de renda para fins de concessão do benefício assistencial ao idoso.

Começemos por esse último. Nos RE 567.985 e RE 580.963, o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), que prevê como critério objetivo para a concessão de benefício a idosos ou deficientes previsto no art. 203, V, da Constituição, a renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

O Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) interpôs Recurso Extraordinário frente a decisão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso que assentou que a Sra. Alzira Maria de Oliveira Souza teria direito ao recebimento do benefício de assistencial de prestação continuada, mesmo não preenchendo os requisitos da Lei 8.742/93 (Lei do LOAS).

O recurso teve a repercussão geral aceita, devido a relevância e transcendência social e econômica e teve seu mérito julgado em 06/06/2012. O ali recorrente (INSS) fundamentou seu recurso nos seguintes fundamentos: (a) que a Turma Recursal não poderia ter adotado critério do estado de pobreza diverso do previsto na Lei do LOAS, (b) que a lei já havia sido declarada constitucional pela ADI 1.232/DF.

A recorrida, por sua vez, aduziu em contrarrazões: (a) a existência de precedentes na Corte e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de alteração do critério objetivo previsto na LOAS, (b) informa ainda que a matéria já fora objeto de avaliação pela Turma Nacional de Uniformização que culminou com a edição da Súmula 11 do referido órgão jurisdicional.

¹⁹ “A fim de conferir maior efetividade ao instituto da repercussão geral pela paulatina desvinculação entre a questão constitucional e o recurso, foi implantada a chamada gestão por temas. A iniciativa tem impactos práticos importantes, porque facilita o acompanhamento dos temas submetidos à sistemática da repercussão geral e, conseqüentemente, o gerenciamento dos processos que versem sobre as mesmas questões no STF e nos tribunais de origem.” (STF, Relatório de Atividades, 2011, p. 48).

²⁰ Conforme , tabela do Anexo 1.

Foram admitidas as participação do Defensor Público-Geral da União e do ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, os quais destacaram: (a) necessidade do STF rever sua posição anterior com base em novos critérios como os trazidos pelas Leis 9.533/97 e 10.689/03 e pelo Decreto n. 3.997/01 que trata do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, (b) que a passagem do critério de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo representaria um custo adicional de 8,9 bilhões de reais e que essa quantia não chegaria sequer a 3% do orçamento previdenciário total.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do recurso e caso, assim não entendido, pelo seu desprovimento, sob o argumento de que a matéria exigiria análise probatória e que isso se torna impossível via recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula 279 do STF.

O voto do ministro Marco Aurélio, relator do caso, foi no sentido de conhecer do recurso e, no mérito, asseverou que o benefício de assistência continuada aos idosos e portadores de necessidades especiais é um direito fundamental previsto constitucionalmente que tem como função assegurar a aplicação de outros princípios como a solidariedade social (art. 3º, I) e erradicação da pobreza (art. 3º, III) e concretiza a assistência aos desamparados (art. 6º).

Informou ainda que não participou do julgamento da ADI 1.232/DF que determinou a constitucionalidade da LOAS que previa o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Mas, citando Konrad Hesse, entendeu que a Constituição só possuirá força normativa quando considerar os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas acima de tudo, quando “incorporar o estado espiritual de seu tempo”. E continua, citando Hesse: “Isso lhe dá de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”.

A partir desse pressuposto, entende que o intérprete último da Constituição é o STF. E assim, parte para a interpretação da expressão constitucional: “não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.”. Para tanto, trabalha o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, em suas diversas acepções (valor intrínseco, autonomia e valor comunitário) a partir da concepção de Luís Roberto Barroso, culminando com a aplicação do princípio de mínimo existencial.

Parte ainda, para uma análise concreta tento por base o valor do salário vigente à época do recurso, o critério do Banco Mundial de renda diária e o linha de pobreza e o critério estipulado em lei. Conclui dizendo que se trata de uma constitucionalidade em abstrato, mas uma inconstitucionalidade em concreto. E afirma:

Sabe-se que a forma como os dispositivos constitucionais e legais são redigidos encerra decisões do poder constituinte e do Poder Legislativo. Tais atos cristalizam acordos sociais a respeito de dilemas morais ou questões práticas do cotidiano sobre as quais recaem disputas. Permitir que sejam reabertas à discussão a cada novo processo judicial é arriscado sob duas perspectivas.

Primeiro, por viabilizar que o Juízo desconsidere soluções adotadas consoante o processo político majoritário e faça prevalecer as próprias convicções em substituição às adotadas pela sociedade. Sem que haja verdadeiro fundamento constitucional relevante, esse proceder acaba por retirar a legitimidade da função jurisdicional, calcada, conforme concepção clássica, no respeito às respostas moldadas de antemão pelo legislador.

Segundo, por trazer grande margem de insegurança ao sistema. Com efeito, as regras têm o objetivo de reduzir a incerteza na aplicação do Direito, permitindo que as pessoas pautem as condutas pela previsão abstrata, além de assegurar que a solução do sistema jurídico seja observada de modo isonômico. Na interessante ideia de Thiago Cardoso Araújo, as espécies normativas formariam uma “regra de três”: “os princípios estão para a justiça, assim como as regras estão para a segurança jurídica” (*Jogando com a proporcionalidade*, dissertação de mestrado, 2009, p. 69).

Tendo por base tal posição, afirmou o relator que impossível declarar a regra inconstitucional, pois isso haveria de trazer uma insegurança jurídica maior já que, assim, não se teria qualquer critério para concessão do benefício. Assim, decidiu pela constitucionalidade do dispositivo, concedendo-lhe a interpretação de que caberia aos Magistrados brasileiros avaliar o caso concreto para decidirem sobre a concessão ou não do LOAS.²¹

O ministro Gilmar Mendes trouxe uma discussão relevante e que demonstra uma clara situação de judicialização: a opção dada pelo ministro Marco Aurélio retiraria do legislador a possibilidade de fixação do critério para a concessão

²¹ Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3o, da Lei no 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletentes os ditames constitucionais. (STF, 2012, p. 18)

do benefício, trazendo essa competência para o poder judiciário que poderia criar diversas desigualdades, pois seriam diversas avaliações sob critérios distintos. Assim, propôs a decisão, pela Corte, de que a norma fosse declarada em processo de inconstitucionalização, estabelecendo-se o prazo de dois anos a partir do julgamento (sugestão da ministra Cármen Lucia) para que o legislador reconformasse o sistema de assistência social, retirando as contradições existentes no programa e fornecendo um novo critério para a concessão do benefício.

Assim, restou travada uma discussão entre os ministros acerca da possibilidade ou não da declaração de constitucionalidade e as opiniões passaram a se dividir entre os apoiadores da concepção do Ministro Marco Aurélio e os adeptos a corrente trazida pelo Ministro Gilmar.

O voto discordante foi do ministro Ricardo Lewandowski. Segundo ele, a declaração de inconstitucionalidade ou a declaração de constitucionalidade com a opção do magistrado verificar outros critérios poderia colocar em risco a saúde financeira do INSS. Argumentou, avaliando o aspecto econômico e utilizando de conceitos da teoria da análise econômica do direito.

A tese vencedora foi a de inconstitucionalidade, mas sem modulação temporal dos efeitos. Ou seja, caberá aos Magistrados na análise do caso concreto avaliar se o benefício deve ou não ser concedido e estipular critérios para tanto. Assim, embora não tenha sido o Judiciário o criador da política pública do LOAS, ele acaba por desempenhar um papel fundamental na concessão ou não do benefício criando critérios isolados, prejudicando a formação de políticas públicas coerentes e lógicas.

Com efeito, o controle de constitucionalidade seja concentrado seja difuso constitui um instrumento de efetivação da judicialização política. Buscou-se demonstrar neste capítulo como a utilização desses instrumentos altera tanto as regras eleitorais e, conseqüentemente, o cenário político, assim como, a estruturação de políticas públicas. Assim, a repercussão geral ao ampliar a legitimidade a entidades da sociedade civil e a minorias parlamentares (ou partidos minoritários), faz do Judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas plurívocas.

Assim, possível estabelecer um diagnóstico da atuação do Supremo Tribunal Federal: seja a partir dos números obtidos em relação aos casos de repercussão geral, seja em relação ao conteúdo das decisões, é possível notar a

existência do fenômeno da judicialização política no Brasil. Conforme já relatado, a pesquisa tem por objetivo a identificação de existência desse fenômeno a partir da seguinte vertente: análise da judicialização no processo de formação de políticas públicas através do controle de constitucionalidade concreto e, mais especificamente, a partir dos efeitos trazidos como repercussão geral.

Se os autores não divergiam no tocante a judicialização via processo de controle de constitucionalidade abstrato, no tocante ao Recurso Extraordinário, agora a sua condição admissibilidade, não há uma análise mais direta. A prática jurídica e a tendência legislativa, contudo, determinam cada vez mais ao jurista a utilização desse método, seja pelos legitimados ativos, seja pela própria Corte para a ampliação do processo de judicialização, é o que a pesquisa busca demonstrar. E para se ter uma compreensão mais apurada de como o fenômeno afeta a justiça brasileira, faz-se necessária a verificação das condições justificadoras da judicialização, o que será visto no próximo capítulo.

3 CONDIÇÕES FAVORÁVEIS AO DESENVOLVIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

Analisada a existência do fenômeno da judicialização da política no Brasil, cumpre examinar as possíveis condições favoráveis ao seu desenvolvimento. Para Vallinder Tate (1995, p. 27-36) elas abrangem: a institucionalização de uma ordem democrática; a existência da separação dos poderes do Estado e a, conseqüente, independência do Poder Judiciário; a ampliação do acesso ao judiciário; a existência de uma Constituição que contemple os direitos fundamentais; a possibilidade de utilização do aparato jurisdicional por minorias para a efetivação dos seus direitos; o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias da arena política; ausência e/ou insuficiência das políticas públicas acertadas na arena política e na debilidade dos partidos políticos em governar com a maioria do Parlamento, gerando, com isso, uma espécie de crise de governabilidade e paralisia no processo decisório, o que culmina, quase sempre, em demandas ao Poder Judiciário; as instituições majoritárias que delegam, em alguns casos, ao Poder Judiciário, o custo político de uma decisão polêmica.

Tais condições constituem previsões genéricas que não podem ser simplesmente transportadas para o cenário nacional, sem qualquer verificação do contexto político-nacional. No caso brasileiro é impossível identificar uma ou poucas condições. Assim, a partir de autores como Werneck Vianna, Tate, Boaventura de Souza Santos, a pesquisa buscou elencar alguns elementos que, agindo em conjunto, influenciaram a alteração paradigmática da jurisdição. Nesse sentido, entende-se ser possível dividir as condições em duas grandes categorias: (a) condições jurídicas favoráveis a judicialização e, (b) condições políticas favoráveis à judicialização.

Na primeira categoria é possível identificar: (a) ampliação do acesso a justiça, (b) crise da interpretação clássica do Direito e, (c) ampliação dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso. Já em relação as condições políticas, destacam-se: (a) a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), (b) estrutura tripartite dos Poderes, (c) crise da representação política e, (d) desenvolvimento de novas forças sociais.

Embora todas essas condições sejam examinadas pela pesquisa, duas se destacam no sistema jurídico brasileiro e em seu processo de judicialização: a crise da interpretação clássica do Direito e a crise da representação política. Tais condições constituem grandes marcos para a expansão da judicialização pois de um lado demonstram a interferência do aspecto político e social na construção do Direito e de outro a transformação da própria ciência jurídica para acomodar novos parâmetros interpretativos.

3.1 Condições jurídicas favoráveis a judicialização

A primeira condição jurídica favorável a judicialização a ser analisada é a universalização do acesso à justiça, defendido por Cappelletti, trouxe um incremento da cidadania, pois facilitou a participação das pessoas no processo jurisdicional e, por outro lado, foi ampliada pelo incremento da cidadania. A exata compreensão do acesso à justiça, que se transformou em direito fundamental do cidadão nas modernas democracias, deve abranger tanto a acessibilidade do sistema a todos os indivíduos que necessitem da tutela estatal quanto o bom funcionamento da estrutura judiciária, proporcionando aos cidadãos a produção de resultados socialmente justos. O efetivo acesso à justiça é indispensável à materialização do fenômeno da judicialização da política.

Princípio, incorporado pelo texto constitucional de 1988²² como direito fundamental, o acesso à justiça foi e ainda é tema de grandes discussões. De uma análise meramente formal, com o advento do texto constitucional de 1988 e de uma maior participação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais, o acesso à justiça passa a ser examinado com ênfase em seu conteúdo, aproximando-o do conceito de Justiça. Assim, o direito processual tem trabalhado para que os poderes conferidos ao Magistrado para resolver a lide se baseiem em critérios de justiça, aumentando significativamente sua atuação inovadora nas fontes do Direito.

Assim, o princípio do acesso à justiça, revela-se, *a priori*, como o direito de qualquer pessoa buscar a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente

²² Art. 5o, XXXV: “A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

a uma pretensão seja individual, coletiva ou difusa. Nesse sentido, seu primeiro destinatário, como bem lembra Nelson Nery Junior (2008), é o legislador. Impossível a criação de normas infraconstitucionais que excluam a possibilidade do jurisdicionado de acionar o Judiciário.

Todavia, embora o Legislativo seja o primeiro destinatário, ele não é o único. Tanto o Executivo quanto o próprio Judiciário estão impedidos de excluir lesão ou ameaça do crivo da análise judicante. Assim, a interpretação que se faz aqui é extensiva e sistemática. Com a redemocratização do país e a recuperação das garantias dos Magistrados, que se encontram libertos de perseguições, estes passaram a atuar livremente, estando presos somente a fundamentação e constitucionalidade dos seus atos. Essa independência política trouxe maior participação do Magistrado na construção do Estado e do Direito.

Caberá aos três poderes instituírem regras para o exercício deste direito. Embora, grande parte dos discursos interpretativos sobre o acesso a justiça resumam-se a gratuidade da prestação jurisdicional ou a exigibilidade de advogado, tais elementos não são os únicos.

Tal situação já foi destacada por Cappellletti e Garth (2008) a partir da evolução histórica do conceito do princípio passando pela crise do modelo liberal. Preconizaram pela análise dos entraves a efetivação deste princípio e com a propositura de possíveis soluções ao problema apresentado. A partir dos estudos de Dinamarco buscou-se, no Brasil, uma aproximação do processo ao seu sentido de efetivação de direitos, através da interpretação do conceito de instrumentalização. O processo deve ser usado como instrumento de efetivação dos direitos materiais e, sobretudo, dos direitos fundamentais. Isso se daria através de uma tutela jurídica adequada e de uma “ordem jurídica justa”, nas palavras de Kazuo Watanabe.

Tais reflexões são de extrema importância para o direito processual, contudo, não se pode colocar em segundo plano a atuação do Magistrado. Analisar somente o aspecto procedimental torna o conceito de acesso a justiça restrito e lança a responsabilidade pela melhoria no desempenho da função a atuação do legislador (criando normas alteradoras da instauração e trâmite processual) e ao Executivo, excluindo o Poder Judiciário de uma atuação mais positiva.

Note-se que, a transformação sofrida pela interpretação do Direito forneceu elementos para alteração deste cenário, fazendo com que o Magistrado passasse a

atuar positivamente garantindo a efetividade a este princípio²³. De uma função meramente declaratória, na qual o objetivo era simplesmente responder as questões formuladas pelas partes, ou seja, aplicar o Direito ao caso concreto de maneira imparcial, sem qualquer pretensão de atuação positiva, o Poder Judiciário se transformou em agente efetivador dos direitos fundamentais.

O Magistrado conta agora com outros critérios para a interpretação dos casos concretos. Ponderar valores e sopesar a importância de políticas públicas em prol de toda a sociedade constituem mais um elemento na aplicação do Direito. Este também não se encontra mais restrito a legislação. A utilização de precedentes

Assim, por mais que, desde 1973, o Código de Processo Civil, já previsse que o juiz não pode se eximir do seu dever de julgar alegando lacuna ou obscuridade na lei, a partir da Constituição de 1988 ele passa a ter autoridade constitucional para fazê-lo. Quando o texto constitucional se refere a lesão ou a ameaça a direito, não o faz exclusivamente ao direito estatal, positivado, mas sim, em relação a diversa gama de valores sociais que pugnam por efetividade. Há criação e efetivação de direitos na atividade jurisdicional. Assim, é possível aferir que o Judiciário está implementando políticas públicas em qualquer decisão que reafirme esse seu novo papel. Isso, porque o acesso a justiça constitui além de um direito e garantia fundamental, um elemento concretizador do programa nacional de políticas públicas.

Todavia, o aumento de poder jurisdicional, como bem lembra Marinoni (2011), faz com que se crie um maior controle da fundamentação dos Magistrados, buscando uma “adequada justificação de suas escolhas”.

Cappelletti (1999)²⁴ discutiu a neutralidade e a criatividade dos Magistrados quando do exercício da função jurisdicional. Acabou por entender que o grau de criatividade do juiz não implicará quebra da imparcialidade. Esta deve ocorrer em relação as partes e a concretização da independência do magistrado no caso, mas não na forma de julgar. O juiz poderá criar direito, mantendo-se imparcial. Registre-se ainda, nesse sentido, Friedrich Muller (2005) que afirma que a norma jurídica é somente o ponto de partida para a resolução do conflito.

O princípio do acesso à justiça deve ser encarado pelos operadores do Direito como ponto de partida para análise do Judiciário em questões que estão

²³ A adoção dessa nova prática de interpretação será objeto de exame posteriormente.

²⁴ Cappelletti pode ser visto como adepto da teoria substancialista de judicialização.

impregnadas de valores sociais pluralistas. Neste sentido, pode o juiz invocando o princípio descrito no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988 ampliar as formas de recepção dessas demandas, desde que feitas justificadamente e controladamente através do conteúdo constitucional das normas. A instrumentalidade do processo é uma das ferramentas para que o juiz possa receber as demandas, determinar a resolução de eventuais vícios sanáveis e já, de plano, quando possível determinar atos que efetivem a tutela jurisdicional.

A utilização do processo como mecanismo de judicialização, reflete por outro lado, a ampliação da cidadania. Os movimentos sociais, as pessoas de maneira individual buscam a efetivação de suas pretensões.²⁵

O segundo ponto de destaque no processo de judicialização brasileiro foi a transformação da aplicação do Direito atingida pela crise da interpretação clássica, já no final da década de 1990. Em uma interpretação clássica atribui-se a característica de entender o Direito dissociado de aspectos morais. O positivismo jurídico, correspondente ao modelo clássico, também considera a norma como um comando e ainda, um comando imperativo, organizado em um conjunto coerente, denominado ordenamento jurídico.

A interpretação do Direito, para o positivismo jurídico, é mecanicista, prevalecendo o elemento declarativo sobre qualquer forma de criação ou produção. Esta característica vai de pleno encontro à outra, traduzida pela chamada teoria da obediência, que se traduz na exigência de se obedecer a lei, enquanto tal, atendendo a máxima *gesetz ist gesetz*, isto é, lei é lei! (BOBBIO, 1995)

De uma forma geral, as construções baseadas eminentemente na expressão da vontade do Estado soberano; na norma pressuposta, com papel de reconhecimento do que eventualmente tenha um *pedigree* de Direito, divorciaram-se das demandas da sociedade e seu politeísmo valorativo. A realidade contemporânea se mostrou mais complexa que a visão de Direito proposta pelo positivismo.

De acordo com Ferrajoli, por um lado o colapso da amplitude e capacidade reguladoras da lei e, por outro, uma quebra da unidade e coerência das fontes, dentro de um universo de ordenamentos concorrentes, levaram a uma crise do marco positivista. (FERRAJOLI, 1995) ^{26 27}

²⁵ O terceiro capítulo da tese avaliará a questão da cidadania e judicialização.

²⁶ Segundo Roesler, são características do paradigma liberal do Direito: uma hipertrofia legislativa, inclusive com sua produção fora do parlamento. Há uma variabilidade de normas, na tentativa

Verificaram-se limitações afetas ao princípio da legalidade como norma de reconhecimento. Identificou-se um processo inflacionário de regras e, por consequência, uma disfunção da linguagem legal, fruto de um processo de desconcentração da atividade legislativa no Poder Legislativo, dando surgimento a um labirinto legislativo.(FERRAJOLI, 1995)

Ao mesmo tempo, percebeu-se que a complexidade de relações demandantes de normatização não poderia ser regulada por normas de conteúdo unicamente fechado.²⁸ Seria necessária uma nova ordem capaz de responder as demandas dos princípios constitucionais.

A constitucionalização do Direito, segundo Guastini (2005), é o processo de transformação do ordenamento infraconstitucional através da impregnação de normas constitucionais. Fala-se de uma Constituição invasora, intrometida, no sentido de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e as relações sociais. A invasão desses valores constitucionais ocorre em diferentes graus, conforme a possibilidade do sistema jurídico e da sociedade a partir de condições mínimas, como destaca Guastini (2005):

- (a) a existência de uma Constituição rígida, a garantia jurisdicional da Constituição;
- (b) a força vinculante da Constituição;
- (c) a 'sobreinterpretação' da Constituição;
- (d) a aplicação direta das normas constitucionais;
- (e) a interpretação conforme das leis e;

desenfreada de acompanhar os mais diversificados aspectos da vida social, . Assim, a proliferação tumoral e instável torna perceptível a existência de problemas de coerência interna do ordenamento. In: ROESLER, Claudia R.. A Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: apontamentos a partir de Theodore Viehweg. In: CADEMARTORI, Daniela M. L. de; GARCIA, Marcos L. (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito**. 2008, p.110.

²⁷ Segundo Figueroa, Não seria adequado entender o Direito apenas por suas propriedades formais. Segundo Figueroa: “Deberá hallarse algún vínculo del ser del Derecho con su deber ser.” E ainda: “Hoy en día, esta vinculación ha tenido lugar a partir de una transacción entre las esferas del Derecho y la moral en dos sentidos que suponen su paulatina integración en la más amplia categoría de la razón práctica.” In: FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 159-160. Para o mesmo, o atual momento é de desconfiguração da contraposição entre jusnaturalismo e positivismo, que deságuam em uma nova concepção do fenômeno jurídico, direcionadas por um certo neorealismo e um certo neojusnaturalismo, que convergem-se no processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos. FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 161.

²⁸ Segundo Atienza, normas fechadas são aquelas cujas razões de aplicação são peremptórias, ou seja, se se aplicam ao caso então funcionam como uma razão para realizar o estabelecido em seu conteúdo, sem depender de um processo deliberativo. In ROESLER, Cláudia R. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007p. 44

(f) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Ainda segundo o autor, esse novo constitucionalismo é capaz de moldar as relações sociais, pois as normas devem ser interpretadas conforme os valores trazidos pela Constituição e como passam pelo controle material de constitucionalidade, o Poder Judiciário acaba intervindo na efetivação dos princípios constitucionais e na execução dos programas e reformas traçados pelo constituinte. Assim delinea-se o novo papel do Poder Judiciário.

Autores brasileiros como Luis Roberto Barroso, Ingo Sarlet e Daniel Sarmento dentre outros se referem a essa modalidade de interpretação com a denominação de neoconstitucionalismo, referindo-se a aplicação diferenciada da teoria constitucional nas relações jurídicas. Assim, o neoconstitucionalismo²⁹ é usado como termo diferenciador de um conjunto de teorias e movimentos que buscam refletir as transformações das relações humanas pela constatação deste novo momento diferenciado de compreender o Direito, no qual o Judiciário aparece como intérprete central.

Comanducci (2005) ressalta as duas acepções das expressões constitucionalismo e neoconstitucionalismo. Em um primeiro momento revelam uma forma de interpretação do Direito, mas também revelam uma ideologia, ou seja, um conglomerado de instrumentos normativos e institucionais que limitam o poder estatal e protegem os direitos fundamentais em determinado sistema jurídico, político e social.

A base estrutural desse movimento, ainda não consolidado e que contém diversos pontos ainda divergentes, é a ampliação da efetividade dos direitos fundamentais (ampliando, conseqüentemente, as funções do Poder Judiciário) e um maior controle do Estado através das decisões judiciais.

Assim, a interpretação clássica, enxerga o Direito como um conjunto de normas estáticas em um determinado momento. Tais normas sofrem um processo de mudança através de procedimentos técnico-formais, muitas vezes distante dos sujeitos que o observam ou usam. Há uma supremacia da observação, posto que a

²⁹ Comanducci apresenta um duplo significado ao termo neoconstitucionalismo. Em um primeiro, o de uma teoria e/ou ideologia e/ou método de análise do Direito. Um segundo, como alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 75.

valoração se encontra na gênese da regra. Mas o que se tem contemporaneamente é que o Direito se apresenta como uma realidade social fluida e complexa e o elemento valorativo está intrinsecamente conectado com a norma e sua aplicação.

Aguiló Regla (2008, p. 11-28) enumera as alterações de paradigmas na interpretação do Direito:

Do modelo de regras ao modelo de regras e princípios	
<p>no Positivismo Jurídico</p> <p>É o modelo de Regras o adequado a dar conta da realidade social, através do papel do Legislativo, identificando e regulando as necessidades sociais.</p> <p>Assim, o ideal regulativo é o da TIPICIDADE, e a interpretação do direito é deontológica e não axiológica. Não se exige a valoração, mas o exercício de validade normativa.</p> <p>Normas de conteúdo aberto são vistas como um defeito/imprecisão na atividade legislativa ou excepcionais delegações legislativas</p> <p>Há um nítido ideal de certeza e previsibilidade.</p>	<p>no Pós-positivismo</p> <p>Há a sublimação do modelo de regras (identificado como insuficiente para dar conta das exigências de uma sociedade plural e dinâmica). É necessário ir além das regras, são fundamentais os princípios.</p> <p>Essas normas dizem o que deve ser, mas não definem um caso, exigem deliberação prática, isto é, uma atividade deliberativa, aplicando-se a ponderação de seus pesos para o caso concreto.</p> <p>Os princípios também permitem que as regras se tornem instrumentos de proteção de valores, pois também são vetores interpretativos de regras e seus próprios fundamentos de validade.</p>
Do modelo de submissão ao modelo de subsunção e de ponderação	
<p>no Positivismo Jurídico</p> <p>Na visão do positivismo jurídico, o caso concreto que a regra busca resolver deve se ENCAIXAR no caso genérico descrito na regra.</p> <p>Se há desajustes há problemas de natureza semântica, isto é:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) ou há problemas de qualificação, na perspectiva do caso concreto; 2) ou há problema de interpretação, na 	<p>no Pós-positivismo</p> <p>Regras exigem subsunção, mas princípios, ponderação.</p> <p>As normas não são meras manifestações de <u>vontade da autoridade</u> que a emana, mas sim resultado de uma ponderação dos <u>princípios relevantes</u> levado a cabo pela autoridade.</p> <p>Na atividade da ponderação, obtendo-se</p>

perspectiva da regra.	de situações fáticas e jurídicas obtidas a partir do caso concreto pode-se realizar a identificação de situações de precedência entre um princípio e outro para determinada situação, sem tornar o princípios preterido irrelevante ou expúrio ao sistema normativo.
-----------------------	--

Dos juízos formais de validade das normas à distinção entre validez formal e material das normas	
<p style="text-align: center;">no Positivismo Jurídico</p> <p>O direito pode ter conteúdo, desde que respeite a forma, isto é, a autoridade, o procedimento, o respeito a hierarquia. Os mais variados modelos de positivismo jurídico, mais ou menos próximos ao formalismo jurídico não obtem sucesso ao se afastar da necessidade de prévio reconhecimento por algum mecanismo de autoridade (vide Hart)</p>	<p style="text-align: center;">no Pós-positivismo</p> <p>Há normas cuja validez não se encontra em critérios formais, mas também materiais. Há a exigência de coerência valorativa.</p>

Da concentração dos modelos	
<p style="text-align: center;">no Positivismo Jurídico</p> <p>Os Tribunais concentram-se em dizer o direito em uma correlação com o estabelecimento de deveres. Há uma correlação entre direitos e deveres, ou seja, dizer que um sujeito/uma classe de sujeitos tem direitos traduz-se em dizer que outro/outra tem deveres. E mais, a atividade do Tribunal está em identificar, no caso concreto, qual a regra buscará resolver, no universo de casos genéricos descritos nas regras. Na sua ausência, utilizará critérios de preenchimento de lacunas.</p>	<p style="text-align: center;">no neoconstitucionalismo</p> <p>Há concentração de importância na:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Constituição e o conteúdo normativo constitucional; b) mecanismos de proteção constitucionais e controle de conformidade constitucionais; c) níveis de rigidez constitucionais; d) sistemas de proteção de minoriais e) sobreinterpretação constitucional: identificação de previsões implícitas ao texto constitucional. f) identificação de uma convivência entre

	<p>a dimensão deontológica e axiológica das previsões constitucionais.</p> <p>g) distanciamento dos casos regulados/não regulados, para os casos fáceis/difíceis.</p>
--	---

Desta forma, as decisões judiciais brasileiras, construídas em um paradigma pós-positivista estão dentro de uma ordem constitucional que impõe ao juiz um papel mais dinâmico e participativo. Tal conjunto forma um todo, que se traduz na realidade em premissas argumentativas que habitualmente servirão para sustentação de novas decisões. Por outro lado, há uma crescente carga interpretativa na atividade deliberativa judicial. No atual cenário, em que a realidade impõe ao juiz a consideração de uma polissemia valorativa, com repercussões necessárias nos casos concretos, dificuldade nos processos de universalização ou até mesmo impossibilidade definições conceituais estritas.

Enfim, pelo paradigma pós-positivista, segundo Sanchis, a normativa constitucional deixa de estar adstrita às relações entre legislador e um Tribunal Constitucional para assumir uma função diretiva da realidade dos juízes ordinários que podem e devem utilizar tal normativa como fundamentação de suas decisões, reforçando-se novamente o novo papel do Poder Judiciário.

Para Barroso (2009), é possível confirmar a existência desse novo modelo teórico, no Brasil, a partir de três grandes situações vivenciadas após a Constituinte de 1988: o reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova forma de interpretação do Direito. Note-se que as causas elencadas pelos autores aqui examinados são também justificativas para o processo de judicialização da política. Assim, a adoção dessa nova formatação na práxis jurídica está imbrincada com a nova teoria do direito. Isso não significa que o modelo tradicional deva ser abandonado, ao contrário. Há uma coexistência dos sistemas, os quais são aplicados conforme a necessidade trazida pelo caso concreto.

O Poder Judiciário brasileiro passou a adotar uma nova forma de interpretação em seus julgados com o argumento de poder efetivar os direitos fundamentais e assim, aproximar o Direito aos valores morais e de justiça.

Nesse mesmo sentido, Viana (2011, p. 43) ressalta a importância da utilização de conceitos vagos na instituição do instituto jurídico da repercussão geral:

A situação que se põe é que a jurisdição constitucional – incumbida institucionalmente e centralizada no Supremo Tribunal Federal – deve estar instrumentalizada e operacionalizada sem o estabelecimento de concepções apriorísticas e fixas; por aquela estar ligada ao reconhecimento de expectativas sociais relevantes e da necessidade de sua estabilização por meio da segurança produzida nas decisões judiciais, bem como na própria celeridade e na utilidade dos procedimentos judiciais.

Impossível seria, dentro dessa perspectiva, esperar que o texto da norma constitucional ou da lei pudesse elencar exaustivamente as hipóteses de configuração da repercussão geral. Tal situação implicaria a inviabilização, já no plano normativo, de qualquer possibilidade de sucesso do novel instituto.

Se de um lado é possível entender que o legislador constituinte agiu acertadamente quando da utilização da expressão “repercussão geral”, pois através dos elementos que a compõe, quais sejam, a relevância e transcendência da causa; bem como por meio das próprias decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com o passar do tempo vão consolidando entendimentos e usando a práxis como fornecedora de conteúdo para norma; por outro lado, há, conforme já demonstrado uma atribuição maior de poder ao Judiciário, impondo a esse a determinação de conceitos e limites para as normas possuidoras de cláusulas abertas e conceitos indeterminados. Essa utilização do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo constitui uma das condições jurídicas mais favoráveis aos desenvolvimento da judicialização.

Em maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, por maioria, improcedente ação direta de inconstitucionalidade proposta pela ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros em face da Lei 8.899/1994 que concede dois assentos com passe-livre para pessoas com deficiência.

Alegava a associação que o benefício trazido pela norma federal é uma ação de assistência social e como tal precisa, necessariamente, prever sua fonte de custeio, sob pena de configuração de confisco no domínio privado, caracterizando flagrante desrespeito a livre iniciativa, aos princípios da ordem econômica e ao direito de propriedade. Por fim, sustentava, a requerente, a existência de flagrante

desrespeito ao princípio da isonomia, sobrecarregando economicamente a empresa com o ônus de custear um benefício assistencial que, pela sua natureza, “impõe participação de toda a coletividade” (STF, 2008, p. 32). Tal situação inviabilizaria a manutenção da empresa e colocaria em risco a continuidade da prestação do serviço.

A Ministra Carmem Lúcia, relatora da causa, ao proferir seu voto - seguido por todos os demais Ministros com exceção do Ministro Marco Aurélio - ultrapassados os critérios meramente procedimentais para a propositura da ADI (ação direta de inconstitucionalidade), avaliou o contexto social e histórico no qual se encontra inserida a norma protetiva dos direitos das pessoas com deficiência. Ressaltou os termos da Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas que em 1975 proclamou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, assim como, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ambos assinados pelo Brasil.

Entende que os referidos documentos determinam ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas permanentes para a inserção isonômica das pessoas com deficiência nas atividades sociais e laborais, que estão de acordo com o texto constitucional e mais, acabam por reforçar os valores de solidariedade e fraternidade na interpretação das normas constitucionais. O primeiro documento preceitua o alargamento a obrigação estatal abrangendo toda a sociedade a agir conforme a seguinte diretriz: “a cada um segundo sua necessidade”. (STF, 2008, p. 43).

Seguindo a fundamentação de seu voto, a Ministra procura demonstrar que o transporte coletivo é serviço público, sendo o Poder Público o titular de sua execução, podendo prestá-lo mediante regime de concessão ou permissão, conforme artigo 175 da CRFB/88. Caracterizado como serviço público deverá, necessariamente, obedecer as regras específicas de bem estar da sociedade, não existindo, portanto, liberdade ampla, pois é o interesse público que norteia e delimita esta forma de prestação de serviços.

Defende a tese de que o titular (empresa concessionária ou permissionária) ao aceitar prestar tais serviços está sujeito as mudanças unilaterais de condições pelo Estado e que os riscos do negócio são assumidos pela empresa concessionária ou permissionária. Enfim, afirma que a necessidade da sociedade que define o conteúdo de tais contratos.

Quanto a livre iniciativa, nos casos de permissionários ou concessionários, entendeu o Tribunal, que sua incidência ocorre somente no momento de constituição da empresa e no da liberdade de contratar ou não com o Estado. Reiterou a disciplina trazida pela Constituição relativa ao atendimento das necessidades sociais no desempenho desta atividade.

Outra questão levantada na ação de inconstitucionalidade pela associação requerente se deu sobre o desrespeito ao princípio da igualdade. Neste sentido, entendeu a relatora:

O princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer que ele seja. Não é obra de Deuses, nem de formas heterônomas, nem de forças exógenas que se impõem a uma sociedade com explicações místicas... A igualdade no Direito é arte do homem. Por isso o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da ideia de justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo... No sistema constitucional fundamentado pelo princípio da igualdade materialmente cogitado, o serviço público é prestado de forma a assegurar que a prestação daquela atividade considere a condição subjetiva e mesmo sócio-econômica do usuário, a fim de que não se chegue a uma situação de injustiça em que os mais favorecidos, materialmente, recebam os melhores serviços públicos, enquanto exatamente os menos aquinhoados sejam despojados de seus direitos fundamentais por não poderem contar com o mínimo de estrutura de serviços para o seu bem estar.[...] (STF, 2008, p. 48-49)

Afirma que o benefício do passe-livre foi criado com base no princípio da isonomia, inexistindo, portanto, qualquer invalidade quanto ao conteúdo das normas constitucionais.

Por fim, foi examinada a ausência de custeio para a prestação deste benefício. Segundo entendimento da requerente este benefício constituiria uma ação de assistência social necessitando, conseqüentemente, de indicação da fonte de custeio. O Tribunal entendeu que a determinação obrigatória do custeio refere-se exclusivamente aos benefícios ou serviços de seguridade social que onerem os cofres públicos, portanto, com impacto orçamentário, o que não ocorreria no presente caso, uma vez que a despesa gerada pela concessão do benefício seria repassada aos demais usuários do sistema de transporte coletivo.

Discorda neste ponto, sendo voto vencido, o Ministro Marco Aurélio. Para ele o benefício constitui ação de seguridade social e portanto, deveria prever sua forma de custeio, depois de comprovada a carência e a deficiência que autorizem o passe livre. Informa ainda que o Estado não pode conceder benefícios

gerando despesas somente a terceiros. Em suas palavras: não se pode “cumprimentar com chapéu alheio”. (STF, 2008, p. 68).

Por fim, avaliando o último argumento, confisco pelo Poder Público e ataque ao princípio da propriedade, entendeu-se que o demonstrativo dos gastos com a concessão do benefício não seria da empresa de transporte, mas sim dos usuários, não existindo, portanto, qualquer tipo de confisco ou atentado ao direito de propriedade. Todavia, permitiu-se a requerente o ingresso de ação adequada para cobrar, caso fosse necessário, valores de um futuro prejuízo.

Assim, percebe-se a utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados criados tanto pelo Legislador quanto pelos juristas. A interpretação desses conceitos pode variar conforme a composição da Corte e a situação econômica, política e social do país. Mas ambas demonstram a maleabilidade dos conceitos e a fluidez quanto ao significado legislativo.

Não constitui tarefa fácil analisar a possibilidade de fruição de direitos fundamentais em uma sociedade complexa. Tradicionalmente, o Judiciário brasileiro ao examinar tais casos busca em argumentos exclusivamente jurídicos e abstratos, partindo de universalizações, a resolução da demanda, marginalizando a interdisciplinaridade e pouco se importando com as consequências de seus atos jurisdicionais.

A decisão aqui examinada retrata como ponto central a definição do conteúdo do princípio da igualdade como base da possibilidade do Estado intervir na propriedade privada e na atuação comercial de empresas. Afasta a liberdade dos contratos e das regras da livre iniciativa na tentativa de garantir maior estabilidade social, encaminhando os interesses que emanam dos diferentes grupos sociais a atingir “Ideia do Bem”.

Todavia, na tradição jurídica brasileira ainda são encontrados determinações de conteúdos a partir de abstrações generalizadoras, desprezando qualquer tipo de envolvimento com a prática social e com os conflitos que ela desencadeia, faz com que o aparato jurisdicional perca legitimidade e caia no vazio.

A decisão aqui trazida reflete esta tradicional tendência. Ao avaliar a constitucionalidade, a relatora parte da análise do preâmbulo constitucional indicando os valores eleitos pela sociedade brasileira de maneira abstrata, afirmando ao final que há no texto constitucional a previsão do princípio da solidariedade e que este deve funcionar como cânone interpretativo da igualdade.

Embora o direito possua, como uma de suas fontes, normas gerais e abstratas, estas devem ao ser interpretadas refletir o momento histórico da sociedade, sua economia, suas possibilidades governamentais e suas precariedades sociais privilegiando a fruição real de direito, enfim, atuando de forma a diminuir a concentração de poder e não mantendo-a.

A inserção da categorização dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro como normas abertas e maleáveis, com alto grau axiológico, poderia ter sido usada como forma de identificação do direito com a realidade, mas não o foi. O Judiciário passou a abstrair cada vez mais, universalizar suas ideias, embora o discurso oficial não seja este. Este é o grande problema a ser destacado neste ensaio: a decisão aqui examinada embora afirme que analisará o caso com olhos voltados à práxis, o faz somente formalmente. Dizer, por exemplo, que não há confisco porque provavelmente a empresa irá repassar os custos aos usuários é alegar superficialmente uma das facetas do problemas.

Põe-se, assim, uma controvérsia deste tipo na decisão aqui trazida: o discurso usado pelo Judiciário brasileiro é incompatível com suas decisões. Isto significa que ao disciplinar o conteúdo do princípio da igualdade como algo composto pelo ideal de justiça, que por sua vez, deveria ser construído empiricamente pela sociedade, o Judiciário deveria buscar de maneira interdisciplinar os elementos que compõem esse arcabouço. Mas não, analisa dados singulares, a partir de um viés jurídico abstrato e generalizador, desprezando elementos empíricos na análise do caso concreto.

Por fim, o último critério de justificação trata da ampliação dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso.³⁰ Essa dimensão da capacidade dos tribunais

³⁰ É possível inserir como causa de justificação a ampliação do rol dos legitimados para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade. A ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a agir em defesa de direitos coletivos em sentido lato (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito). As recentes reformas processuais estão cada vez mais permitindo o alargamento das hipóteses de legitimação para agir nas ações coletivas, possibilitando aos cidadãos amplo acesso à defesa de seus direitos individuais e coletivos.

A ampliação da legitimidade ativa à propositura da ação direta de inconstitucionalidade propiciou um considerável acréscimo na importância do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Tal ampliação de legitimidade, especialmente à concedida aos partidos políticos para requererem o controle e a revisão de atos políticos deliberados na arena majoritária, proporcionou um processo de fiscalização na elaboração e na execução de políticas públicas pela oposição política ao governo. Verifica-se, nesse contexto, a inserção do Poder Judiciário na arena política, na medida em que as oposições partidárias judicializam o processo legislativo e executivo a fim de limitar e/ou bloquear as políticas governamentais do Estado, incompatíveis com a Constituição. Todavia, essa atuação dos partidos políticos no controle de constitucionalidade dos atos normativos

de efetuar o controle de constitucionalidade das leis é de fundamental importância no que se refere à inserção do Poder Judiciário no sistema político (MAUÈS; LEITÃO, 2003, p. 7). Trata-se de um importante indicador da relevância atribuída ao Poder Judiciário no interior do sistema político de poder.

No Brasil, tanto os juízes de primeiro grau, por meio do controle difuso de constitucionalidade (de inspiração norte-americana), como o Supremo Tribunal Federal, com o controle concentrado de constitucionalidade (de inspiração austríaco-kelseniana), estão autorizados, constitucionalmente, a intervir, quando solicitados, no controle das leis e no processo de elaboração e de implementação de políticas públicas, a partir de uma atuação limitadora da ação dos outros poderes do Estado.

O controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, terá eficácia *erga omnes*, ou seja, validade universal, fazendo com que a lei declarada inconstitucional seja afastada do ordenamento jurídico. O controle difuso de constitucionalidade, ou controle por via de exceção, é aquele em que todo e qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade das leis no julgamento do caso concreto. Nesse modelo de controle, a lei declarada inconstitucional tem eficácia *inter partes* e continua a integrar o ordenamento jurídico, sendo afastada, apenas, no caso específico submetido à apreciação do Poder Judiciário. Trata-se de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade que outorga ao Poder Judiciário, especialmente ao Tribunal Constitucional, uma posição de destaque à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, propiciando condições facilitadoras ao surgimento do fenômeno da judicialização da política no Brasil. A existência de um efetivo controle de constitucionalidade, inevitavelmente, favorece a existência de políticas judicializadas, na medida em que efetua um controle judicial das leis e de políticas públicas, à luz da Constituição e da interpretação que os juízes fazem de seu sentido normativo. A identificação desse fundamento constitucional atinente ao

tem limites. Os partidos políticos são autorizados, constitucionalmente, a propor ADIn perante o Supremo Tribunal Federal contra atos do Executivo e Legislativo violadores da Constituição; entretanto, não estão autorizados a converter o Tribunal Constitucional em uma terceira "Casa Legislativa", capaz de reverter as decisões tomadas na arena majoritária, mas não acatadas pela minoria parlamentar vencida. Esse comportamento seria um ato de violação à Constituição, uma vez que implicaria desrespeito "à regra da maioria e uma tentativa de estabelecer limites às decisões do legislador democrático em matérias nas quais a Constituição não os impôs" (MAUÈS; LEITÃO, 2003, p. 7).

Todavia, o objeto da tese é avaliar o controle difuso de constitucionalidade. Assim, optou-se por não examinar profundamente a questão suscitada.

controle de constitucionalidade é, pois, critério fundamental à inserção do Poder Judiciário no sistema político de poder.

A incidência do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral, ampliou os efeitos do controle de constitucionalidade difuso. Antes, a decisão era restrita para as partes e a análise de cada processo era feita individualmente. Agora com a reforma constitucional, a decisão em um dos casos (*leading case*) serve a todos os demais enquadrados naquele tema.

Isso fez com que o controle concreto passasse a ter efeitos tão extensos quase tanto quanto os do controle abstrato de constitucionalidade e, nos casos em que as decisões configuram formas de judicialização a extensão do alcance das decisões torna-se extremamente vasto.

3.2 Condições políticas favoráveis a judicialização

A promulgação de uma Constituição social, democrática e compromissária, ampliadora do rol de direitos fundamentais, os quais passam a ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos sociais que se sentem lesados pelo descumprimento de seus direitos é um marco a justificar um Judiciário capaz de inserir-se na arena política (jurisdicização dos conflitos sociais e políticos) a fim de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional.

Note-se que a identificação das condições, embora aqui estudadas de maneira isolada, são interligadas e interdependentes. Impossível atribuir a uma delas uma superioridade sobre as demais. Mas por questões organizacionais tentar-se-á examiná-las individualmente tecendo as interligações necessárias.

Assim, a promulgação da CRFB/88, está imbrincada em todas as condições jurídicas. Mas aqui busca-se identificar a riqueza do texto constitucional na ampliação detalhada dos direitos fundamentais e a adoção de princípios constitucionais que passaram a ser interpretados com força normativa. Essa é uma condição que coexiste na esfera política e jurídica, pois trata-se da Carta política com consequências no modo de interpretar o Direito.

A força normativa da Constituição, segundo Konrad Hesse(1983), será mais palpável quando seu conteúdo for próximo da manifestação individual e social. Ou

seja, ela deve agregar as circunstâncias sociais, políticas e econômicas mas também das ideias de justiça de determinada sociedade. Agrega-se a este fator a necessidade de existência de uma *práxis constitucional*, ou seja, uma vontade de que a Constituição consiga delimitar um estado justo e digno, englobando questões de todas as ordens (tanto as pequenas quanto as grandes).

Segundo Luis Roberto Barroso (2005), a grande mudança paradigmática do século XX foi a incorporação do status de norma jurídica à Constituição. Deixou ela de ser um mero instrumento político, uma carta de intenções condicionada a vontade do legislador e do administrador e passou a ser obrigatória, imputando também ao Judiciário, papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. A conquista de efetividade pelas normas constitucionais, a queda dos contornos programáticos de princípios para o reconhecimento de sua normatividade e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional passaram a ocupar um papel de destaque nos debates jurídicos. A normatividade antes dessa interpretação estava assentada em duas grandes premissas: a primeira referente ao papel da norma que abstratamente deveria responder a todos os problemas jurídicos e, a segunda contempla a função do juiz como identificador no ordenamento jurídico da norma aplicável ao problema jurídico.

Deriva desse status normativo uma tensão permanente entre realidade e norma, impondo limites e possibilidades do direito, principalmente constitucional, como forma de atuação social (HESSE, 1983).

A segunda condição trata da estrutura tripartite de Poder, adotado pela CRFB/88, com o reconhecimento da independência e autonomia de funcionamento a cada um dos poderes, o que propicia maior respeitabilidade às suas decisões e/ou atuação. Nessa concepção contemporânea, o Judiciário ganha destaque em relação aos demais poderes, pois acaba por fiscalizar e julgar todos os seus atos e impor tarefas requeridas pelos atores sociais.

Essa preponderância aumenta com a crise da representação política, outra condição propícia ao fenômeno da judicialização. A estrutura democrática de modelo ocidental baseada na representação política acaba por revelar-se pouco distante do exercício das funções de integração social, produção de identidades coletivas e socialização da política (CAMPILONGO, 1997).

De acordo com Cecília Caballero Lois e Luiz Magno Pinto Bastos Junior (ANPOCS, s/p), tanto a democracia quanto a separação de poderes, embora não sejam as únicas condições favoráveis,

[...] atuam no sentido de fornecer condições para que o judiciário atue de modo independente dos demais poderes e que esteja em posição de igualdade em relação aos mesmos. Nas modernas democracias ocidentais, a independência judicial não se resume ao âmbito interno do judiciário, mas também é necessária diante das pressões econômicas e sociais, às quais os juízes estão expostos.

A democracia representativa, apesar de todas as transformações sofridas após a ascensão do Estado Moderno, continua a fundamentar-se nos princípios da propriedade privada, igualdade e liberdade tendo, as duas últimas, caráter meramente formal, ou seja, concretiza-se no peso atribuído a cada voto e na liberdade de escolha³¹ do cidadão frente ao Estado.³² Esse modelo de democracia é excludente, pois retira do cidadão o direito de participar diretamente nas decisões políticas e, conseqüentemente, de auxiliar na condução da coisa pública; por ser de baixa intensidade e marginalizando a participação, acaba por restringir-se ao direito de votar periodicamente.

Após a sua adoção pelo Estado Moderno e expansão pelo mundo ocidental, a representação acabou sendo ajustada para equilibrar o capitalismo e alguns anseios populares. A principal alteração na estrutura da delegação de poderes foi atribuir a natureza universal ao voto, o qual antes era privilégio de uma minoria, geralmente pertencente à classe dos proprietários.

Todavia, essa adaptação não foi suficiente para resgatar nos indivíduos sua preocupação e responsabilidade com os caminhos escolhidos pelo Estado. Ao contrário, acabou por desenvolver uma apatia política na maioria dos cidadãos, fazendo com que esses se sintam imobilizados diante de seus representantes eleitos, os quais praticam atos contrários até mesmo ao programa partidário e projetos desenvolvidos durante a campanha eleitoral. Com isso, após o “depósito” do voto do cidadão na urna eleitoral, a princípio, nada mais poderá fazer a não ser esperar a próxima eleição.

³¹ A liberdade de escolha dos representantes acaba por se transformar no mero exercício do direito de opção entre os candidatos apresentados pelos partidos políticos. Não há uma escolha propriamente dita porque a maioria dos cidadãos não participa ativamente da atividade política partidária e não possui mecanismos capazes de influenciar até mesmo na vontade do partido.

³² De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 14, “a soberania popular será exercida **sufrágio universal** e pelo voto direto e secreto, **com valor igual para todos**”.

O comprometimento com o Estado, como existia na concepção de Constant, presente entre os antigos cede lugar ao consumismo, ao individualismo e ao desinteresse pela política. Esse cenário de marginalização da participação é gerador de uma inércia no cidadão, o qual não consegue identificar mecanismos de emancipação através da política.

As ideias de liberdade para os modernos, segundo Constant, era identificada com a submissão às leis e não à vontade arbitrária dos governantes, seja ela refletida na esfera privada. Como exemplo, tem-se a liberdade de expressão, de associação, de não ser detido, de trabalhar e assim por diante; seja na seara pública, refletindo o direito de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração. Ou seja, a liberdade se identificava com as garantias institucionais e suas fruições.

O aumento da extensão territorial contribuiu inversamente à importância atribuída ao indivíduo, assim como a abolição da escravidão retirou dos indivíduos livres os períodos de lazer e de dedicação às coisas públicas. E ainda, a adoção do comércio criou no indivíduo uma necessidade de manutenção da sua liberdade privada, a fim de atingir os seus objetivos através da negociação. A vida privada passa a ocupar quase que inteiramente o indivíduo.

A compensação e o sentimento de satisfação que o antigo possuía no tocante ao exercício político e à sua participação na administração das coisas públicas foram substituídas pela liberdade privada. “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma pátria. Era isso que eles denominavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam de liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.” (CONSTANT, p. 16).

No entender de Luis de Gusmão (2001, p. 44), “a liberdade entre os modernos pode ser percebida como a reivindicação de um direito à privacidade, ao recolhimento pessoal, à indiferença, sobretudo, ante aquilo que se passa no âmbito da vida social e pacífica.”

Constant afirma que não pretende minimizar ou retirar a liberdade política dos cidadãos. Para ele, essa é garantia daquela. E afastar a liberdade individual para aumentar a política, para o autor, poderia ser um atentado às duas, pois

qualquer forma de intervenção na liberdade individual que não se refira a salvaguardar as condições de liberdade de outros indivíduos, constituirá despotismo e opressão.

Com esse acúmulo de trabalho e com o direito de liberdade individual privado exercido ao extremo, o cidadão moderno não dispunha de tempo para cuidar das coisas do Estado, começando assim, a delegar essa função a determinadas pessoas, seus representantes.

Tem-se que o sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo que deseja ter seus interesses defendidos e não tem, no entanto, tempo para defendê-los sozinho.

Esse sistema deve possuir um forte controle por parte dos representados em relação aos seus representantes, pois somente dessa forma, a liberdade continuará assegurada. O afastamento de representantes corruptos e não cumpridores de suas promessas deve ser possível aos cidadãos periodicamente.

Segundo Constant, esse seria o sistema ideal, pois a liberdade individual estaria garantida fornecendo ao indivíduo o tempo necessário para cuidar de seus negócios, enquanto que representantes escolhidos por esses indivíduos seriam competentes para cuidar das coisas públicas. O controle por parte dos representados seria, contudo, fundamental.

É do conceito de liberdade individual que deriva a necessidade de controle do poder político, uma vez que o direito individual deve ser resguardado de qualquer abuso, mantendo-o dentro de certos limites, “preservando uma área inviolável de atuação do indivíduo, uma área na qual este não possa ser legitimamente impedido de fazer o que deseja, nem forçado a realizar o que não quer.”(GUSMÃO, p. 40).

Esse modelo de representação necessita, portanto, de uma divisão de poderes e de um mecanismo de controle que, segundo Elena García Guitián (p. 123), seria a opinião pública. Esta se desenvolveu a partir da organização da sociedade civil e com a invenção da imprensa, permitindo o debate político na classe intelectual e a educação das classes menos favorecidas.

O voto censitário ganhou relevo com a teoria de Constant, pois quem não detém o título de proprietário deve investir seu tempo na aquisição de meios para sua sobrevivência, não possuindo a educação necessária para ação política e nem condições de buscá-la. Portanto, para Constant, segundo Châtelet (p. 108), “a

condição necessária para o exercício político é o lazer” sendo este assegurado pela propriedade.

Constant, todavia, acredita que essa liberdade e suas consequências padecem de um perigo iminente: a desvinculação e despreocupação do indivíduo em relação ao direito de exercer e participar do poder político.

A preocupação individual estaria concentrada apenas no acúmulo de riquezas, uma vez que a liberdade política e o seu exercício não trariam nenhum benefício pecuniário direto para o cidadão. Ao longo do tempo, esse cenário conduziria a uma sensação de desprezo pela política ou ainda, acabaria por desvincular totalmente a vida privada da política, gerando uma apatia pelas coisas públicas.

Atualmente, não é rara tal situação. A existência e divulgação de grandes escândalos de corrupção e o afloramento do sentimento de impotência frente aos desmandos dos representantes atingem a sociedade de forma geral. O momento de maior liberdade do cidadão que é o momento de escolha de representantes somente é exercido, por muitos, por causa da obrigatoriedade, sem nenhuma responsabilidade e comprometimento. O relevante é acumular bens, pois a vida privada gira em torno do consumo.

Não se deseja com isso negar a relevância do sistema representativo na sociedade contemporânea, mas demonstrar que as formas de controle e de participação popular devem ser aprimoradas, para que o indivíduo não exerça apenas sua liberdade individual com responsabilidade, mas também sua liberdade política. Segundo Constant (p. 25): não se deve “renunciar a alguma das duas espécies de liberdade de que vos falei, é preciso aprender a combiná-las.”

Dessa forma, ele demonstra por que o sistema representativo encontrou abrigo na sociedade moderna. A divisão da liberdade em política e privada, tendo essa maior relevância, obrigou a população a procurar mecanismos úteis para o exercício regular da esfera política. Ressalta-se ainda o caráter excludente da posição de Constant em relação aos indivíduos não proprietários, os quais, assim como para Locke e Burke, não possuíam condições para exercer de forma ativa de sua liberdade política, pois essa era dependente do exercício de outros direitos como o lazer.

Essa latência na cidadania proporciona um afastamento cada vez maior do cidadão dos centros decisórios, colocando-o como sujeito descomprometido e ainda

acaba por remeter a parcela de responsabilidade do cidadão na condução do Estado ao seu representante. Nesse sentido, o representante é responsável, mas o cidadão, por outro lado, é incapaz de fiscalizá-lo e de controlar seus atos.

A dinâmica da democracia ofertada pela participação direta dos cidadãos na tomada de decisões e na expressão de suas posições políticas surge como forma alternativa de superar essa crise promovida pela expansão da delegação de poder de cunho liberal.

Desenvolve uma reestruturação democrática possível e plenamente alcançável, no Estado contemporâneo, possuidor de instrumentos de comunicação em massa e no qual a sociedade civil começa a se organizar de forma a reivindicar seus direitos pacificamente, através dos novos movimentos sociais, dos conselhos e até mesmo através das formas postas no ordenamento jurídico.

A representação surge no cenário do Estado Moderno como um instrumento revolucionário de alteração da política, até então vigente, tendo por objetivo a luta contra o Antigo Regime através do fortalecimento e da defesa dos interesses individuais da burguesia e das classes menos abastadas.

Todavia, com o decorrer do tempo, a burguesia assume o poder político consolidando seu controle econômico. Esse caráter inicialmente revolucionário pode ser encontrado nas teorias propostas pelos autores liberais. Nesse sentido, Benjamin Constant, possuía a preocupação em conter o avanço do poder tirânico. Outros, como Stuart Mill fundamentaram a defesa da representação na qualidade técnica dos representantes os quais, por sua vez, eram superiores aos eleitores. O povo dessa forma não estaria mais sob o jugo de governantes tirânicos e incapazes de decidir corretamente o futuro do Estado.

O cenário político, imposto pela adoção da representação, planejado pela burguesia e implementado com o auxílio das camadas mais baixas deve ser analisado pela teoria política contemporânea a partir das transformações sofridas nas relações sócio-políticas e econômicas atuais, aliadas ao contexto de globalização.

Segundo Wolkmer (2001, p. 27):

Na verdade, a crise da representação vem acompanhada de uma crise maior da própria política expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário. Tendo em vista a realidade periférica como a dos países latino-americanos, pode-se encontrar uma primeira explicação (conjuntural) no fato de que a democracia

existente não é realmente representativa, mas uma delegação engendrada e manipulada por lideranças de tradição caudilhesca.[...]

Para Campilongo a crise da representação clássica reflete um desequilíbrio entre as formas políticas e econômicas. De um lado estaria a representação política, baseada em critérios formais, e de outro eclodem os movimentos transitórios desafiadores dessa estrutura, trazendo em seu bojo uma participação popular de maior consistência, baseando-a na identificação desses movimentos com a realidade econômica dos seus integrantes e, até mesmo, de toda a sociedade. As demandas sociais que não encontram espaço nos partidos políticos acabam por fundamentar as organizações sociais que se estruturam de forma a defendê-los, pacífica ou violentamente.

De acordo com Campilongo, existe uma reciprocidade, que não pode ser ignorada pela teoria política, entre a esfera política e a econômica. Para ela a crise da representação ocorre em três dimensões: a crise dos partidos, a irrupção dos movimentos sociais e o neocorporativismo.

Corroborando com esse entendimento, Solange Gonçalves Dias (2001, p. 64), ao afirmar que a necessidade de disputar a campanha eleitoral com reais condições de êxito desenvolveu nos partidos uma “desradicalização” ideológica de seus programas. Há uma indeterminação nos programas políticos através da adição de expressões que contêm diversas interpretações como “democracia”, “interesse social” entre outras. Todos os partidos utilizam-nas sem a devida explicação. A consequência é a “indistinção programática dos partidos, impossibilitando a assimilação desses agrupamentos como veículos de exigências populares específicas.”

Por outro lado, os partidos não conseguem cumprir os programas de governo propostos, não passando, esses programas, de meras promessas eleitorais. E como não há instrumento jurídico capaz para vincular o candidato eleito aos projetos desenvolvidos pelo seu partido, o povo acaba por desacreditar na política partidária, conduzindo-o a uma apatia política.

Campilongo também compreende dessa forma, afirmando que os partidos políticos não são capazes de, atualmente, transformar os anseios populares em demandas políticas. Ou porque eles fracassaram no tocante à produção de identidades coletivas ou ainda, porque os novos protagonistas e as demandas

populares não encontram acomodação nas estruturas partidárias tradicionais, originando e desenvolvendo os movimentos sociais e o neocorporativismo.

Dessa mesma forma entendem Antonio P. Nadales e Pedro de Vega García: a crise do sistema representativo ocorre em três ambientes diferenciados, sendo que o primeiro compreende a relação desse sistema com a sociedade civil. Nesse sentido o problema se encontra na incapacidade dos partidos políticos para determinar em seus programas partidários “[...] elementos suficientes de diagnóstico, racionalização, processamento e resposta ao conjunto crescente e disperso de demandas emanadas das modernas sociedades complexas.”

Os movimentos sociais surgem a partir dessas necessidades sociais não acomodadas, ou previstas, mas não concretizadas politicamente, nos programas partidários, construindo identidades políticas em torno de problemas inacessíveis às instituições tradicionais.

A transformação das estruturas partidárias em verdadeiras oligarquias, devido à burocratização e ao alto grau de hierarquia internas, é outro ponto a ser analisado no tocante à crise dos partidos políticos, uma vez que são responsáveis pela diminuição de atuação das bases militantes, tornando-as impessoais e transformando-as em oligarquias partidárias.

Aliado ao oligarquismo partidário surge a necessidade de financiamento das atividades desenvolvidas pelos partidos, principalmente em períodos de disputa eleitoral. Essa captação de recursos acaba por gerar vínculos de comprometimento no direcionamento das políticas públicas, após a eleição. Cargos são compostos e atos do governo são praticados visando à retribuição doada durante os períodos eleitorais. (DIAS, 2001)

A impossibilidade de participação popular nas discussões políticas desenvolvidas no interior dos partidos constitui também uma das causas de afastamento dos cidadãos da política. O partido se tornou um espaço pertencente apenas aos “políticos de carreira” e não um local de debates, de exposição e amadurecimento de ideias e sugestões, cumprindo assim com os objetivos de sua criação.

Os partidos políticos se encontram como uma instituição frágil e com pouca credibilidade na sociedade. Sua verdadeira função, quando conhecida pela população, foi manipulada, desenvolvendo com isso uma descrença na sua estrutura, uma vez que mais do que portador de um programa político tem se

caracterizado como organização limitada a gerir a máquina administrativa do Estado. Como a democracia representativa e, principalmente, a existente no século XX, e agora no século XXI, é impossível sem a existência de partidos políticos, uma crise na estrutura desses partidos afeta incisivamente a democracia representativa, pois baseada na delegação de poderes através dessas instituições. (CAMPILONGO)

Por fim, as práticas neocorporativas “democráticas” abrangem corporações desenvolvidas de forma autônoma e espontaneamente, sendo a participação popular incentivada em seu interior. Elas podem ser relacionadas com as atividades organizadas por associações a fim de defenderem interesses específicos através da influência ou contestação das políticas públicas criando um espaço de intermediação de seus membros e locutores, o qual pode implicar, muitas vezes, troca de benefícios entre os governos e as elites.

Daniel Garcia Delgado (1998) aponta seis causas possíveis da crise da representação clássica: (a) descumprimentos dos programas partidários; (b) corrupção política; (c) declínio de setores sociais; (d) complexidade nas demandas e nas técnicas; (e) crise dos discursos de legitimação e; (f) influência dos meios de comunicação.

O primeiro compreenderia o descumprimento dos programas eleitorais prometidos durante os períodos de campanha eleitoral. Conforme colocado, anteriormente, as promessas eleitorais e a impossibilidade de cumprimento desses programas geram na sociedade uma descrença na classe política. Alie-se a esse primeiro elemento, a corrupção existente na classe política (Legislativo e Executivo) e a impunidade desses atos.

Um terceiro fator, apontado pelo autor, refere-se à marginalização de grande parte da população e um conseqüente aumento da exclusão social, sendo a classe política responsabilizada por essa situação e geradora de um clima de incerteza no futuro.

O quarto aspecto colocado é a dificuldade em responder os complexos problemas que se colocam atualmente. Nesse sentido, o sistema clássico não possui mecanismos ágeis para a resolução dos problemas e ainda na dimensão em que estes são apresentados. Some-se a esse fator o esvaziamento ideológico¹, legitimador da forma atual de governo.

Por fim, destaca-se a crise proporcionada pelos meios de comunicação, os quais, a princípio, seriam livres e, portanto, desvinculados dos grupos sociais.

Todavia, conforme entende o autor, a maioria dos meios de comunicação acabam sendo instrumentos legitimadores das ações dos detentores de poder.

Outro ponto abordado por Dias é a expansão burocrática e autoritarismo do Poder Executivo retirando do Parlamento, órgão responsável pela representação dos anseios populares, a real capacidade de decidir, sob o pretexto da adoção de uma racionalidade técnica na tomada de decisões políticas.¹ Nesse sentido, utiliza-se do argumento de que, por muitas vezes, os parlamentares não possuiriam o conhecimento técnico exigido para a elaboração de determinada norma. Até mesmo porque, conhecimentos específicos não se enquadram como condição de elegibilidade, cabendo ao Executivo legislar sobre determinado assunto.¹

Destaca-se, também, que a concentração de poderes no Executivo é privilegiada, ampliando-se ainda mais no sistema presidencialista, o qual constitui no mundo contemporâneo a grande maioria. Nessa modalidade há uma rígida separação de poderes, traduzida pela fórmula sistematizada por Montesquieu, que se baseia na harmonia e independência das três funções - legiferante, executiva e judicial (MONTESQUIEU, 2002). O Executivo acaba por concentrar as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo nas mãos de uma só pessoa.¹

Nesse sentido, tem-se que uma vez adotado o sistema presidencialista, o “[...] Chefe do Governo e seus ministros são responsáveis, apenas, criminalmente. Por não terem responsabilidade política, não podem ser destituídos pelo Legislativo, como ocorre no sistema parlamentarista.”(GOULART, p. 31).

De acordo com o Clóvis de Souto Goulart, essa irresponsabilidade política constitui o grande problema do presidencialismo. Com isso, mesmo atuando de forma contrária ao programa partidário responsável pela sua eleição e obtendo baixos índices de popularidade, o Presidente não poderá ser retirado do seu cargo, contribuindo de forma incisiva para o distanciamento do programa de governo e das linhas programáticas do partido político que o elegeu.

A quantidade de atribuição de competência para o Executivo desencadeou uma vasta expansão burocrática que tinha como objetivo a busca por uma maior neutralidade nas decisões políticas, já que elas passaram a ser competência de especialistas. Contudo, essa despolitização da burocracia é impossível, já que é o próprio Executivo quem nomeia e propõe alterações no funcionamento de muitos órgãos. A burocracia aumenta a distância entre a participação através do controle e da fiscalização popular sobre o governo, impondo

diversas barreiras de acesso a informações, documentações e a postulações a serem realizadas pela população organizada.

Víctor Olea e Abelardo Mariña Flores também identificam uma das causas da crise na representação política. Para eles:

[...] o Estado democrático liberal, além de suas virtudes que têm permitido relativamente frear a centralização e a arbitrariedade dos poderes do Estado, e a garantia (limitada) dos direitos públicos e privados, nos últimos tempos tem sofrido e até mesmo avassalado por duas forças e realidades que o colocam em crise: por um lado o poder das companhias e do capital financeiro, do mercado e dos sistemas mundiais da comunicação que violentam suas características de unidade política (o direito e a soberania), que não afetam unicamente suas funções e limites tradicionais, mas que condicionam poderosamente sua vida cultural, os direitos comunitários de seus grupos e também (às vezes freando e às vezes estimulando) o papel de seus grupos de interesses.

Para outros autores, como Antonio Carlos Wolkmer, a crise do modelo liberal de representação encerra duas perspectivas: uma analisada através do ponto de vista interno e outra vista pelo ângulo externo.

Do ponto de vista interno, referindo-se ao Brasil, ela surge como:

[...] uma crise maior da própria política expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário. Tendo em vista a realidade periférica como a dos países latino-americanos, pode-se encontrar uma primeira explicação (conjuntural) no fato de que a democracia existente não é realmente representativa, mas uma delegação engendrada e manipulada por lideranças de tradição caudilhesca.(WOLKMER, p. 87).

Já em relação ao ponto de vista externo, Wolkmer destaca que a democracia representativa passa por uma crise estrutural de “características universais”.

Paul Hirst aponta algumas contradições entre a doutrina democrática representativa e a prática governamental. O primeiro deles reside no fato de que a legislação está a cargo de Parlamentos, mas as decisões políticas são de competência dos governos e não do povo. Nesse sentido, as eleições não constituem a “expressão da vontade do povo”, mas uma escolha dentre os candidatos e partidos políticos concorrentes em um processo eleitoral.

A segunda contradição repousa na situação de que cabe ao Legislativo criar leis abstratas e gerais e que não firam direitos individuais, cabendo ao

Executivo apenas aplicá-las. Contudo, o Executivo acaba por diversas vezes legislando de forma a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas ou grupos em detrimento de outros, ressaltando-se aqui a posição já colocada acerca do sistema presidencialista.

Por fim, o autor evidencia mais uma contradição: a impossibilidade existente de avaliação de um sistema representativo sem compará-lo a outro. A verificação do grau de representatividade de um país pode ser aferida somente a partir de comparações com outros países que adotem, da mesma forma, mecanismos políticos de representação. Todavia, os sistemas podem ser extremamente diferenciados, ocasionando dificuldades e até mesmo impossibilidades de comparação. Não há, conseqüentemente, como avaliar o grau de representatividade em um determinado Estado.

Segundo Antonio P. Nadales e Pedro de Vega García (1996, p. 56), a crise do sistema representativo ocorre em três ambientes diferenciados, sendo que o primeiro compreende a relação desse sistema com a sociedade civil. Nesse sentido o problema se encontra na incapacidade dos partidos políticos para determinar em seus programas partidários elementos suficientes de diagnóstico, racionalização, processamento e resposta ao conjunto crescente e disperso de demandas emanadas das modernas sociedades complexas.

Em segundo lugar a crise aconteceria em relação ao próprio *welfare state*, ou seja, o Estado do bem-estar social. O êxito político conseguido pelos partidos fez com que as elites partidárias conquistassem um grande espaço estatal “colonizando” as esferas administrativas, impondo, simultaneamente, uma instrumentalização entre burocracia e política afetando os fundamentos do Estado de Direito e ampliando significativamente os casos de corrupção. De outro lado criou uma relação de clientelismo entre os eleitores e os candidatos, fazendo com que o comportamento dos primeiros seja diferenciado conforme a “oferta de candidatos”.(NADALES)

O terceiro âmbito dessa crise ocorre em relação à opinião pública. Como a democracia representativa prega uma disputa entre os candidatos, os quais para conseguir êxito devem angariar um número maior de eleitores que os demais, o *marketing* e a publicidade eleitoral minimizaram o conteúdo instrumental da representação.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o *marketing* político apresenta um perfil conveniente dos candidatos aos eleitores e não necessariamente sua verdadeira imagem, fazendo com que a relação pessoal entre candidato e eleitor fique carente de significado.

Vários são os fatores desencadeantes da crise da representação, conforme apontado. Muitos deles surgiram concomitantemente com o sistema de natureza excludente e autoritário, agravando-se com a adoção de determinados valores contemplados pela sociedade.

Boaventura de Souza Santos coloca a crise da representação como uma das facetas de uma crise de amplitude maior: a do próprio contrato social. O contrato social, para o autor é: “[...] expressão de uma tensão dialéctica entre a regulação e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre a vontade individual e vontade geral, entre o interesse particular e o bem comum.”³³

Assenta-se, o contrato social, em critérios de inclusão e de exclusão simultaneamente, como consequência da própria modernidade carregada de antinomia.³⁴ Esses critérios compreendem em uma primeira análise a inclusão dos indivíduos e consequente exclusão da natureza, já que o contrato social é o marco de separação entre o estado de natureza e a sociedade civil.

Outra característica contratual é a cidadania territorialmente fundada, ou seja, somente os cidadãos de determinado local têm a possibilidade de participar da atividade política, os demais, porém, não originários daquela determinada localidade, não possuem o mencionado direito, por isso, acabam excluídos para o estado de natureza.

A última característica é o comércio público de interesses, revelando que apenas os interesses expressos pela sociedade civil devem constituir o objeto do contrato social.³⁵

³³ Cabe ressaltar ainda que o poder do Estado assenta-se, para Boaventura, no consentimento dos cidadãos livres e autônomos e na obediência que resulta da “obrigação auto-assumida” que é o contrato social. (SANTOS, 1995, p. 237).

³⁴ Boaventura sustenta essa posição fazendo remissão aos teóricos contratualistas, alguns dos exemplos dessas contradições ocorre entre liberdade e igualdade, coerção e consentimento e soberano e súdito. (SANTOS, 1998, p. 6).

³⁵ Segundo Boaventura :”A abrangência das possibilidades de contratualização tem com o contrapartida uma separação radical entre incluídos e excluídos. Embora a contratualização assente numa lógica de inclusão/exclusão, ela só se legitima pela não existência dos excluídos. Para isso estes últimos são declarados vivos em regime de morte civil.” In: (SANTOS, 1998, p. 7).

O contrato social teria sua gestão controlada por três pressupostos metacontratuais: (a) um regime geral de valores, assentado no bem comum e na vontade geral, os quais permitem que a sociedade reflita a união entre interesses autônomos e contratuais; (b) um sistema comum de medidas legitimando o sistema representativo em que cada cidadão corresponde a um voto; e (c) o espaço e tempo privilegiados, “é o espaço-tempo estatal, nacional.” É o espaço onde acontecem as deliberações políticas, o processo judicial, enfim onde se definem as obrigações do Estado para com seus cidadãos e desses para com o Estado.³⁶

No tocante ao sistema comum de medidas, a linearidade e a homogeneidade cederam seus lugares para os conflitos e as turbulências existentes na sociedade atual. Há uma “situação de instabilidade sistêmica em que uma mudança mínima pode produzir de modo imprevisível e caótico, transformações qualitativas”, ou seja, fatos triviais ensejam uma resposta do outro até mesmo fatal, sendo que o autor exemplifica afirmando que se tornou corriqueiro que um mendigo que assina uma pessoa por ela se recusar a lhe dar esmola. Essa “[...] turbulência das escalas destrói sequências e termos de comparação e, ao fazê-lo, reduz alternativas, e cria impotência ou promove a passividade”. (SANTOS, 1998, p.19).

Por fim, em relação ao espaço e tempo privilegiados, a crise se apresenta a partir da perda de primazia do espaço-tempo nacional para os espaços-tempo global e local, os quais colidem diretamente com a temporalidade política e burocrática do Estado.³⁷ Além disso, tornam-se cada vez mais relevantes outras temporalidades e ritmos distintos e incompatíveis com o espaço-tempo nacional. Entre esses, pode-se destacar a fluidez e instantaneidade do mercado financeiro, inviabilizando qualquer regulação.

Nesse sentido também colocam Nadales e García (1996, p. 21):

[...] a tendência ao incremento e a própria complexidade das demandas repercutidas sobre o processo representativo, unida a exigência de um tipo de respostas instantâneas cujo circuito

³⁶ A crise da representatividade, para Boaventura, seria apenas umas das facetas de uma crise do contrato social e, portanto, do próprio Estado. Ela seria deflagrada a partir de uma fragmentação do regime geral de valores através de sua crescente e diversificada polarização conduzida por interesses sociais, econômicos, culturais e políticos. “Os valores da modernidade - a liberdade, a igualdade, a autonomia, a subjectividade, a justiça, a solidariedade – e as antinomias entre eles permanecem, mas estão sujeitos a uma crescente sobrecarga simbólica, ou seja, significam coisas cada vez mais díspares para pessoas ou grupos sociais diferentes, e de tal modo eu o excesso de sentido se transforma em paralisia da eficácia e, portanto, em neutralização.” (SANTOS, 1998, p. 18).

³⁷ O autor analisa o contrato social a partir da concepção rousseauiana, para o qual o contrato teria sido estabelecido entre os homens livres e para “maximizar” essa liberdade.

habitual de projeções devem ser os meios audiovisuais, configuram um conjunto de exigências problemáticas de reordenação do sistema de representação política [...].³⁸

Essa crise, portanto, existe devido a atual predominância dos processos de exclusão sobre os de inclusão. Revela, entretanto, em uma análise mais apurada, a própria consagração do contratualismo, o qual segundo o autor jamais as relações contratuais obtiveram, tanto espaço e importância.

Nesse sentido, Boaventura propõe que as estruturas estatais sejam reformuladas a partir dos fatos ocorridos nesses últimos séculos e que influenciaram diretamente o modo-de-ser do Estado. Propõe que esses fatos não sejam negados, mas incorporados aos mecanismos de revisão e reestruturação da forma democrática contemporânea, a fim de que seja desenvolvida uma nova teoria democrática, a partir de novos pressupostos, dentre os quais, destaca o referido autor, que na ampliação da participação popular encontra-se o grande desafio dessa nova ordem democrática.

Tal sistema representativo, acaba gerando um elevado potencial de ingovernabilidade, empobrecendo as vias de representatividade popular e o crescente *déficit* de cidadania e inclusão social, deslocando, ao Poder Judiciário, atribuições e responsabilidades próprias da arena política, com o objetivo de a fim de propiciar uma via a mais de acesso às instâncias de poder, à cidadania, à inclusão e à igualdade.

E ainda algo paradoxal. Se por um lado a crise da representação política reduziu a cidadania neste tocante, ela foi ampliadora da cidadania através da criação de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos, o que demonstra a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada, especialmente após a democratização do país.

Assim, nesse cenário de condições jurídicas e políticas favoráveis ao desenvolvimento da judicialização no país, destacam-se a crise da representação política que marginalizou o debate e participação popular, minimizando a

³⁸ “[...] la tendencia al incremento y la propia complejidad de las demandas repercutidas sobre el proceso representativo, unida a la exigencia de un tipo de respuestas instantáneas cuyo circuito habitual de proyección deben ser los medios audiovisuales, configuran un conjunto de exigências problemáticas de reordenación del sistema de la representación política [...]”

identificação do cidadão com os representantes e reduzindo o interesse aos períodos eleitorais e, por outro lado, a alteração paradigmática na interpretação do direito contemporâneo, concedendo maior liberdade e poder aos magistrados para decidirem sobre temas antes destinados aos outros poderes.

4 JUDICIALIZAÇÃO E REPERCUSSÃO GERAL: o que esperar do futuro?

Conforme ressaltado, a judicialização é um fenômeno das democracias contemporâneas derivado de amplas causas de justificação. Todavia, suas consequências para o regime democrático podem alterar o fluxo contínuo de participação, minimizando a relevância dos outros dois poderes (Legislativo e Judiciário). Essa interferência e sua possível minimização constituem o objeto deste capítulo.

4.1 Judicialização: principais críticas ao modelo e o problema da repercussão geral.

Conforme destacado anteriormente, com o processo de constitucionalização do Direito houve movimento de interrelacionamento do Direito com a Justiça, situação insustentável no marco de uma interpretação clássica do Direito. Desta forma, a dicotomia privado-pública, guiada pelo princípio da autonomia privada para o primeiro e pelo princípio da supremacia do interesse público para o segundo, passaram obrigatoriamente a ter que dividir espaço com o elemento de justiça, com a proteção do desigual, das minorias, a promoção da dignidade, da igualdade substancial, a concretização de direitos fundamentais.

Dessa forma, passou o Poder Judiciário a uma destacada atividade: controlar a agenda igualitária e exercer a jurisdição. O Judiciário, como indica Luiz Werneck Vianna (1999), desponta com a alternativa para solução de conflitos coletivos, para a agregação social e para o incremento da cidadania.

A fim de avaliar as consequências desse fenômeno nas democracias contemporâneas é possível filiar-se a uma de duas correntes: a substancialista e a procedimentalista.

Muito embora procedimentalistas e substancialistas discordem fundamentalmente quanto aos efeitos das relações entre Direito e política, marcadamente sobre as consequências sobre a liberdade e cidadania, assim como quanto ao espaço da judicialização no ambiente democrático, destaca Vianna, que os dois eixos teriam como ponto em comum o reconhecimento, face a ampliação das funções da Justiça em decorrência do desenrolar histórico do *Welfare State*, da Judicialização da Política como um fenômeno nas democracias contemporâneas.

No Brasil, após duas décadas da promulgação da Constituição, pode-se perceber, semelhante a um processo de passagem por uma lente, que o pensamento positivista, fundamento, inclusive, de um regime autoritário, foi superado por uma nova visão constitucional estruturante de uma festejada política democrática, que ainda sofre, contudo, algumas importantes distorções, hipertrofismos, desvirtuamentos e reações.

Como a superação histórica do positivismo jurídico kelseniano, o Poder Judiciário, em harmonia aos valores e propósitos inspiradores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), vem, da inacessível e distante periferia, em um processo de aproximação com as preocupações da agenda pública e dos atores sociais, buscando ocupar a posição central na democracia que está se edificando.

Impensável que este deslocamento não justificasse tensões ou excessos, até mesmo porque no pano de fundo desse processo estão presentes todos os fenômenos da modernidade complexa e pluralista.

A democracia, meramente posta como representação da maioria, tem em seu processo de desenvolvimento muitos cenários de tirania da maioria e, nesse contexto, o Judiciário começa a atuar mais decisivamente frente às crises sistemáticas que desnudam a fragilidade representativa do Legislativo e do ativismo legiferante do Executivo. (VIANNA, 2009).

Neste novo processo institucional a denominada Judicialização da Política tem se tornado, de uma maneira geral, novo espaço de tensões. De um lado, uma demanda por formas de se oportunizar uma proteção individual e coletiva, muitas vezes impondo-se limitações a vontade da maioria, que nem sempre traduzem uma sociedade fraterna (solidária), pluralista e sem preconceitos, como idealizada pela Constituição brasileira; de outro, o ativismo judicial arbitrário, puramente íntimo, desarrazoado, irracional.

Para a corrente substancialista a interligação entre Direito e Política, destacadamente pela criação jurisprudencial, são inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da igualdade, sem a diminuição da liberdade. Em uma perspectiva pragmática entendem que:

[...] a positivação do ideal de justiça nas Constituições modernas estariam configurando um território cognitivo e valorativo em que se reporia a perspectiva de uma transformação progressiva das sociedades e de suas instituições, desde que o Judiciário, um dos seus principais portadores, se comporte como guardião dos princípios e valores fundamentais. (VIANNA, 1999, p. 32)³⁹

Representante deste eixo, Dworkin (2003) destaca-se pela concepção de Direito como fruto de uma construção interpretativa, baseada na sua teoria de Direito como Integridade. O Poder Judiciário tem como escopo importante a garantia de grupos marginais, até mesmo porque, conforme Vianna (1999, p. 34): “[...] os direitos e liberdades fundamentais não têm sido respeitados pela vontade da maioria, importando graves ameaças às liberdades e aos direitos das minorias.”

³⁹ Ainda mencionado extrato do pensamento de parcela do eixo substancialista, Vianna esclarece que o Poder Judiciário, nesse eixo, é tido como elemento de contribuição para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, inclusive aos ‘grupos marginais’. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 34

Constata Dworkin que todos são súditos do império do direito e, portanto, surge a importância de se responder a pergunta: o que é o Direito? Para ele, a resposta estanque positivista não dá conta desse desafio. Constrói, também, crítica à norma de reconhecimento positivista também pela sua incompletude em explicar o que é Direito⁴⁰.

Como mecanismo de solução de casos práticos em que a solução não é dada pela simples subsunção do fato à regra, mas pelo conceito inicial de “teia inconteste”, posteriormente amadurecido e denominado de “romance em cadeia”, ganha robustez pela atividade qualitativa do Juiz, traduzindo o Direito como Integridade. Sua teoria tem como objetivo aprimorar, expandir e ilustrar a concepção interpretativa construtiva do Direito.

Surge também uma questão comum ao se tratar do tema, no marco do pós positivismo: se os juízes, ao decidir, descobrem (se entender que o Direito já existia, mesmo antes de ser declarado) ou inventam o Direito (se o juiz muda o direito com sua decisão)? Para a teoria de Dworkin essa é uma discussão que indica um erro teórico ao se abordar a questão do Direito, posto que, para ele, o juiz não descobre (como num *fiat* divino) ou inventa o Direito. A pergunta tem sua resposta em um outro plano. O Direito surge como desenvolvimento de um processo em cadeia, para o qual se exigem qualidades, tais como a adequação, fruto do conceito central – integridade.

No seu conceito de Direito como integridade, está fundamentado o Direito como uma prática social, fruto de etapas de interpretação, possibilitando a identificação e aplicação com coerência da melhor justificativa prática. De forma

⁴⁰ Segundo Kelsen: “La justicia es esencialmente un *valor absoluto* y lo absoluto en general, especialmente los valores absolutos, están más allá de conocimiento científico racional. La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría des *positivismo jurídico*; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el *relativismo*. Es decir, que cuando se plantea la cuestión del valor de un derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia, la respuesta solo puede ser que es relativo, es decir, que sólo es justo presuponendo un determinado valor supremo y que por lo tanto, no se excluye la posibilidad de que pueda ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente. La aceptación de un valor supremo se apoya siempre en un juicio de valor subjetivo emocional.” In: HANS, Kelsen. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. p. 31.

Ainda sobre Direito e Justiça para o positivismo: “Así como el positivismo jurídico tiene que distinguir entre derecho y moral, como dos órdenes sociales diferentes, tiene que distinguir también entre derecho y justicia, y por ello sostener la posibilidad de un derecho positivo justo, esto es, conforme a una moral determinada, como también la de un derecho positivo injusto, esto es, contrario a una moral positiva determinada. Por lo tanto, no puede hacer dependiente la validez del derecho positivo de su relación con la justicia, porque tal dependencia solo puede existir si la justicia es un valor absoluto, si se presupone la validez de una norma de justicia que excluye la de toda otra norma contraria” In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 131.

construtiva, presentes coerência e consistência como substratos haveria, em última análise, integridade. O desenvolver desse processo interpretativo é que Dworkin denomina de “romance em cadeia”. Tal conceito, em contornos gerais, significa que cada operador do Direito, ao escrever seu “capítulo”, partiria com uma série de informação, limites, lógicas e acontecimentos dos “capítulos” anteriores e expectativas para com os “capítulos” futuros, de modo que o romance tenha uma coerência em seu conjunto. Nesse processo interpretativo seria fundamental para Dworkin uma distinção capital feita ao modelo positivista. Ao contrário do modelo de regras positivista, formalmente elaboradas/reconhecidas, Dworkin defende o modelo de regras e princípios.

Assim, como ressalta Vianna (1999, p. 34), para este eixo representado por Dworkin, “a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição, [...]”. Assim, através do movimento ativo do Poder Judiciário prevaleceriam as práticas de proteção das minorias, tendo o Direito a abrangência de um conjunto indivisível de princípios e valores sedimentados historicamente e compartilhados socialmente.

Assim, para o eixo substancialista, participação do Poder Judiciário é muito mais direta e decisiva na própria conformação do Direito, ou seja, nas palavras de Vianna (1999, p.37):

[...] a partir de estratégias diversas e diferentes inspirações doutrinárias, mas sempre com referência à história e ao mundo empírico, como no caso crucial das relações maioria-minoria, concede-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, tão próprias ao argumento republicano de Tocqueville.

Em relação a segunda corrente, com a consequente ampliação dos direitos pela atuação dos magistrados, pode-se retomar as discussões sobre previsões de que o incremento da igualdade (pelo força positiva da ampliação e proteção fornecidas pelo Direito) poderia levar a um esvaziamento da liberdade, na medida que a cidadania se desestimularia na sua práxis reivindicatória. Nesta linha, desenvolveram as teses procedimentalistas, buscando sustentar a interpretação de que se deve conduzir a uma cidadania ativa acompanhada de uma igualdade virtuosa, através do aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, zelados pelo

Direito. Isto se processaria pela abertura, a todos, da possibilidade de intervenção na formação da vontade da maioria.

Segundo Vianna (1999, p. 23)

Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, 'ao gozo passivo de direitos', 'à privatização da cidadania', ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e na de Garapon, 'à clericalização da burocracia', 'a uma justiça da salvação', com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial.

Vianna (1999, p. 25), expondo sobre a visão procedimentalista, afirma:

Tal processo não seria conjuntural nem de base local, mas universal e inteiramente articulado à própria dinâmica das sociedades democráticas, [...]. A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as funções de solidarização social.

Para Habermas, o direito pós-convencional, fundamenta-se na reflexividade, ou seja, na existência de uma postura crítica. Dentre suas características, podem ser destacadas: a formalidade, positividade, legalismo e universalismo, obrigando-o a ter uma fundamentação em termos de uma moral pós-convencional que acaba por conduzir a uma legitimação procedimental capaz de criticar os princípios jurídicos a partir de uma racionalidade discursiva abrangente. (NEVES, 2008)

Se em Habermas a autonomia do sistema jurídico ocorre através dos procedimentos institucionalizados para a legislação e para a aplicação do Direito que garantam uma formação imparcial da vontade, enfim, uma racionalidade procedimental de tipo moral, talvez a atuação do Judiciário proporcionado pela adoção dos critérios neoconstitucionais não seja a mais adequada.

O Judiciário deveria estar restrito a criação de uma jurisprudência constitucional que garantisse a autenticidade democrática capaz de garantir a aplicação dos procedimentos e uma ampla deliberação (reflexividade), o que o Judiciário não conseguiria.

Essa ideia tem como ponto de apoio a teoria da evolução da consciência moral às sociedades, usada por Habermas. O autor divide a sociedade em três níveis: (a) arcaicas (pré-convencional), (b) culturas avançadas (convencional) e (c) modernas (pós-convencionais). Nas primeiras não há distinção entre mundo objetivo, social e subjetivo; assim como, entre cultura e natureza, normativo e cognitivo, indivíduo e sociedade. Nas culturas avançadas há diferenciação entre mundo objetivo, social e subjetivo e os sujeitos diferenciam na ação comunicativa as três posturas pragmáticas fundamentais. Há uma desvinculação, na ação comunicativa, do contexto particular, embora ela ainda esteja circunscrita às normas de ação baseadas na tradição. Por fim, na era moderna, no plano profano, tem-se uma diferenciação plena das pretensões de validade tanto no plano da ação quanto no discurso. Há um desacoplamento do mundo da vida e do sistema, gerando uma concepção diferenciada dos paradigmas do materialismo histórico e do racionalismo weberiano, com o modelo criado pelos predecessores da Escola de Frankfurt e com o modelo sistêmico e pós-moderno (NEVES, 2008).

Habermas, constitui assim, um dos defensores do eixo procedimentalista. Segundo ele, para a criação do Direito é central a participação de uma livre e ativa cidadania. Dessa maneira, a democracia não seria compatível com a judicialização da política. A competência legislativa que vem sendo exercida pelo Judiciário não teria amparo racional dentro dos processos democráticos comunicativos.

Assim, para tal eixo, a comunidade de intérpretes da Constituição atuaria por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, através de uma cidadania ativa. Para este modelo, na democracia, uma Corte Constitucional deveria restringir-se a uma compreensão procedimental da Constituição. Desta forma, o papel do Judiciário seria de estabelecer elementos de proteção do processo de criação democrática do Direito.

Assim, segundo Vianna (1999, p. 31): “No paradigma procedimentalista, portanto, a relação estratégica se manifesta na formação da opinião e da vontade, supondo, então, uma rede de articulação entre a democracia deliberativa e a representativa.”

Para Habermas (p. 326),

[...] a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa:

mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. [...] Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.

Nesse sentido, a ideia de um constitucionalismo democrático necessita de uma jurisdição constitucional compromissada com a democracia, capaz de garantir as condições processuais para o exercício da cidadania. Assim, a Teoria do Discurso assume, inegavelmente, uma função importante no atual estágio do Estado Democrático de Direito, podendo estabelecer, de fato, a emancipação social, atribuindo ao Direito (via Judiciário) um novo e profícuo papel: o de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrata das leis, garantindo a legitimidade do direito moderno.

A maior atuação do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas e o encolhimento da democracia é objeto de estudo de uma autora que acaba por agregar outros dados relevantes a teoria procedimental de Habermas. Trata-se da autora, também alemã, Ingeborg Maus, para quem a questão que se propõe é o princípio da soberania popular. A partir disso, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis deve ser analisado sob parâmetros de uma perspectiva radical de democracia. Para Maus, no momento em que a Justiça ascende "à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado, em uma forma de organização política democrática". E complementa: "não será a Justiça, em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?"

A análise da autora circunscreve-se ao Tribunal Federal Constitucional Alemão e, principalmente, ao seu postulado de ponderação de direitos. Afirma que para essa técnica de solução de conflitos ser usada os Magistrados acabam por suar valores não previstos no texto e que não foram objeto de discussão pela população.

Em suas palavras:

A transformação da Constituição em uma 'ordem concreta de valores' confere às determinações constitucionais individuais (por meio da 'abertura' de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados. No sopesamento de valores do TFC [Tribunal Federal Constitucional] manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio: o controle de constitucionalidade das leis e a relevância constitucional de processos são exercidos, por exemplo, por meio da verificação da 'aptidão funcional das empresas e do conjunto da economia', da 'capacidade funcional do Exército' ou especificamente da 'manutenção da capacidade operativa das instituições penais', enquanto as disposições constitucionais específicas que lhes dizem respeito podem ficar em segundo plano. As garantias constitucionais escritas são contrapostas deste modo à reserva das idiosincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos. (MAUS, 2000, p. 200)

Segundo a autora, o Poder Judiciário, atuando como um terceiro neutro, assegura, em contrapartida ao déficit democrático, a proteção dos valores sociais e morais na sociedade contemporânea. Esta função da Justiça é, na visão de Maus, extremamente prejudicial ao princípio da soberania popular e, conseqüentemente, à autonomia dos sujeitos, sendo a ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade. A partir da leitura de Maus é importante esclarecer, entretanto, que sua crítica ao Poder Judiciário se faz especificamente ao Tribunal Constitucional Alemão e, lembrando então, não ao contexto brasileiro. Contudo, metodologicamente, não é difícil transpor tal realidade da Justiça alemã ao mesmo processo de judicialização do judiciário brasileiro, no qual a maior parte de seus ministros estuda e defende a aplicação da concepção alemã de Direito aplicada pelo Tribunal Federal Alemão.

Assim, é possível afirmar, de acordo com a autora, que "a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da consciência social na Justiça". Aqui, é possível interrelacionar tal situação com a tese habermasiana na qual os procedimentos de criação democrática do direito, garantindo a participação de todos nas discussões, levantando argumentos do tipo contrafactuais, naquilo que denomina de "comunidade ideal de comunicação", torna-se imprescindível para a necessária legitimidade do controle jurisdicional das leis.

Desta forma, para o eixo procedimentalista, afirma Vianna (1999, p. 32):

Ao Poder Judiciário somente caberia um papel ‘ofensivo’ – como em Habermas – para a criação de uma jurisprudência constitucional que venha a garantir autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano.

A igualdade, como utopia política e jurídica, somente pode dar bons frutos como diretiva quando acompanhada de uma cidadania ativa lastreada em outras diretrizes de solidariedade e de democracia, cuja maturação atravessa um contínuo processo de aperfeiçoamento.

Para Boaventura (1998) faz-se necessária a reconstrução de um espaço-tempo que promova uma maior deliberação democrática. Essa reinvenção ou reconstrução necessita que alguns princípios sejam cumpridos. O primeiro compreende um pensamento alternativo de alternativas, ou seja, as alternativas até agora propostas ou são irrealizáveis e, por isso, abandonadas ou então são possíveis e, por esse motivo, são excluídas por aqueles que teriam seus interesses atingidos. O autor propõe que se passe de um “conhecimento-como-regulação” para um “conhecimento-como-emancipação”. Nesse sentido são suas palavras:

[...] Tenho vindo a propor uma epistemologia que, ao contrário da epistemologia moderna, cuja trajectória é de um ponto de ignorância, que designo por caos, para um ponto de saber, que designo por ordem (conhecimento-como-regulação), por uma outra epistemologia para qual o ponto de ignorância é o colonialismo e o ponto de saber é a solidariedade (conhecimento-como-emancipação). (SANTOS, 1998, p.44).

Outro princípio seria a adoção da “ação rebelde” no lugar de uma “ação conformista”. Esta compreende toda a ação que reduz o realismo àquilo que já existe, enquanto que aquela impõe criatividade e movimento espontâneo. Isso faz com que, em um momento de turbulência de escalas, o pensamento sobre essas também se torne turbulento, indicando aos incluídos que a redução da ansiedade somente existirá quando essa for reduzida também para os excluídos.

O terceiro princípio que poderá orientar uma reinvenção democrática é a própria reinvenção de espaços-tempos que promovam a deliberação democrática.

A partir desses princípios, segundo Boaventura, poderá ser construído uma nova estrutura social, a qual diferentemente da estabelecida pela modernidade, será mais inclusiva, pois abrange tanto os grupos sociais quanto a natureza mais

conflitual, abraça tanto as igualdades quanto as desigualdades e, com maior deliberação democrática, uma vez que incluirá os espaços-tempos global, regional e local.

Um dos momentos para a reconstrução é a transformação do Estado em “novíssimo movimento social”. Para Boaventura, o Estado vem perdendo paulatinamente seu poder regulatório e em seu lugar surge uma forma inovadora de “organização política mais vasta que o Estado, de que o Estado é o articulador e que integra um conjunto híbrido de fluxos, rede e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais e globais.” (SANTOS, 1998, p. 59-60).

A democracia nesse novo Estado deverá ser redistributiva, transformando o espaço estatal em um espaço público não estatal. O Estado passará adotar outras características, como, por exemplo, no campo da organização política caberá ao Estado coordenar diferentes organizações e interesses oriundos da diminuição da regulação social. Há então, uma democratização do monopólio da regulação, que antes era estatal.

Assim, é possível entender e tentar superar o problema destacado por Ingeborg Maus (2000, p. 195-196):

Embora os interesses materiais da administração judiciária continuem a se fazer valer, o Parlamento aparece agora como simples representante do entrelaço de impulsos e energias sociais, cujo excesso tem como censor a Justiça. O suposto déficit de conhecimento jurídico do Parlamento; a estrutura consensual de suas leis, nas quais se reproduz o antagonismo dos interesses sociais; o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas, que põe em questão a unidade e coerência do sistema jurídico — tudo isso exige da Justiça um senso de clareza que lhe possibilite organizar a síntese social, distante de disputas partidárias, e garantir a unidade do direito, independentemente de interesses envolvidos na produção legislativa. Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei — a qual é reduzida a "produto e meio técnico de um compromisso de interesses" —, investindo-se como sacerdote-mor de uma nova "divindade": a do direito supra-positivo e não-escrito. Nesta condição é lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social.

A repercussão geral desponta justamente na última ponderação realizada pela autora. No caso em que se identifica um recurso como paradigma para os demais, o magistrado está por sintetizar a heterogeneidade social.

Conforme discutido no primeiro capítulo da tese, o requisito da repercussão geral reduziu as discussões travadas sobre fato e direito nos recursos

extraordinários para a análise de uma interpretação específica sobre o caso, qual seja, a de um recorrente. As tabelas trazidas no primeiro capítulo demonstram que há temas englobando, no mínimo, 40.000 (quarenta mil) processos. Todos com argumentações específicas. Por óbvio que para serem enquadrados no tema objeto de decisão pelo Plenário Virtual do STF eles devem ser “idênticos”, conforme a própria determinação da Corte. A questão colocada é a discussão do que pode ser enquadrado como idêntico e como isso é feito.

A triagem feita pelos Tribunais de segundo grau e pelo próprio STF é feita de maneira superficial, pois verifica apenas se existe ou não indicação da matéria levantada. Não se verificam aspectos específicos, nem interpretações diferenciadas, mas apenas o objeto contido na demanda. Assim, se um recorrente está pleiteando determinado medicamento de alto custo para a cura de um câncer grave e outro um medicamento de alto custo que ainda passa por testes, mas que pode, em determinados casos, proporcionar a cura, ambos são tratados da mesma forma, provavelmente incluídos em um tema denominado: fornecimento de medicamentos de alto custo.

Não se despreza aqui o conteúdo da Súmula 279 do STF, na qual impede-se a Corte de analisar questões de fato na decisão do Recurso Extraordinário, restringindo o reexame da matéria apenas em relações a questões de direito. Mas, não se pode tentar criar a falsa impressão de que, por tratarem do mesma matéria de direito, todos poderiam ser encaixados na mesma modalidade de tema. Isso gera uma imensa abstração capaz de inserir questões até antagônicas no mesmo julgamento.

Ademais, impossível separar totalmente questões de fato e questões de direito, pois essas levam em consideração o suporte fático que as delimitam no espaço e tempo. São os fatos que conferem (ou deveriam) conteúdo as normas jurídicas. Daí a ideia de jurisdição de Chiovenda: aplicar o direito ao caso concreto.

Se ao analisar questões de fundo dos Recursos Extraordinários, os ministros desconsideram tais posicionamentos descaracterizam o próprio Direito. E é isso que se está a fazer.

O processo de judicialização desenvolvido no STF através da análise da repercussão geral além de todos os problemas levantados pela corrente procedimentalista, traz algo mais perverso: a possibilidade de serem criadas

interpretações (normas) gerais (pois direcionadas a todos os processos sobrestados) em um processo de controle concreto e difuso de constitucionalidade.

Voltando ao caso dos medicamentos de alto custo, o STF reconheceu sua repercussão geral examinado o *leading case* RE 566471. Trata-se de um recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte contra decisão que determinou a concessão de medicamento de alto custo para o ali recorrido que sofre de miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar.

Ocorre que segundo a Assessoria de Gestão Estratégica da Presidência do STF⁴¹, esse tema gerou aproximadamente⁴² 35.000 (trinta e cinco mil processos) sobrestados nos demais tribunais. Avaliando os processos sobrestados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (Estado recorrente – *leading case*) a classificação das doenças e o pedido de medicamentos é diferente em cerca de 75% dos processos.⁴³

Assim, o suporte fático é distinto na maioria dos processos, o custo dos medicamentos diferencia-se na maioria dos processos, a viabilidade de cura e manutenção de uma vida digna é diversa na maioria dos casos; como o STF conseguirá interpretar abstratamente essa situação?

Quando o fizer, certamente estará interferindo diretamente no sistema de políticas públicas adotado pelos governos. E além de interferir nas decisões políticas estará a criar uma normativa específica para casos diferenciados. Esse é um dos maiores malefícios trazidos pela repercussão geral nos processos de controle concreto de constitucionalidade. Houve uma total abstrativização dessa modalidade, mas que geram efeitos nos casos concretos trazidos para análise da Corte.

E esse é só um dos exemplos dos temas nas quais se foi reconhecida a repercussão geral em matéria de políticas públicas. Em nome da celeridade, economia processuais e suposta efetividade ampliou significativamente os poderes da mais alta Corte nacional, provocando uma avalanche verdadeira judicialização de questões eminentemente políticas.

A tendência é que a repercussão geral ganhe mais força e se espalhe inclusive ao STJ, principalmente pelo efeito de diminuição do acervo dos Tribunais.

⁴¹ A pesquisa foi realizada com base no banco de dados mantido pelo STF para acompanhamento dos processos sobrestados nos Tribunais Nacionais.

⁴² Há vários Tribunais que não disponibilizaram seu acervo ao STF.

⁴³ Dados obtidos junto a presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Assim, questiona-se: como minimizar os efeitos da judicialização, uma vez que ela constitui um instrumento processual da contemporaneidade no Brasil?

Entende-se que com uma maior participação popular e conseqüente ampliação na efetividade dos direitos fundamentais isso seja possível, pois o número de demandas seria reduzida. Para isso, é necessário um novo arranjo democrático capaz de gerar uma aproximação dos anseios sociais com a tomada de decisões políticas.

4.2 Um novo desenho de democracia contemporânea: o fortalecimento da participação como procedimento de equacionar a judicialização.

Rearranjar a democracia contemporânea é essencial para a minimização do processo de judicialização. Aproximar a democracia representativa dos grupos sociais é necessária para a diminuição da busca de tutelas jurídicas causadoras desse fenômeno. É esse o fundamento da democracia redistributiva.

A democracia redistributiva não se exaure na representação. Ela deve ter a participação do povo tanto na atuação estatal de coordenação assim como em relação aos agentes privados coordenados pelo Estado, “[...] não faz sentido democratizar o Estado se simultaneamente não se democratizar a esfera não estatal. Só a convergência dos dois processos de democratização garante a reconstituição do espaço público de deliberação democrática.” (SANTOS, 1998, p. 62).

Além da democracia redistributiva, Boaventura propõe que o Estado passe a ser um espaço de experimentações, pelo fato de que o espaço estatal encontra-se em um período de transição. Torna-se complicado, portanto, abandonar o velho modelo para que surja o novo, assim como é, muitas vezes, contraditório o novo nascer enquanto o velho ainda existe. Propõe Boaventura (1998, p. 66), diante dessa constatação:

Sendo imprudente tomar nessa fase opções institucionais irreversíveis, deve transformar-se o Estado num campo de experimentação institucional, permitindo que diferentes soluções institucionais coexistam e compitam durante algum tempo, com caráter de experiências-pilotos, sujeitas a monitorização permanente de colectivos de cidadãos com vista a proceder à avaliação comparada dos desempenhos.

Para que esse novo estado democrático de experimentação possa surgir, dois princípios devem ser seguidos. O primeiro refere-se à igualdade de condições de desenvolvimento nas diversas soluções institucionais. Apenas dessa forma é que será estabelecida uma forma democrática de buscar uma nova democratização. O segundo princípio relaciona-se com a garantia de padrões mínimos de inclusão, tornando possível a uma maior cidadania ativa a ser desempenhada no controle dos projetos alternativos existentes.

Note-se que o Estado como novíssimo movimento social, proposto por Boaventura, tem como função a coordenação e a articulação dos entes privados, trata-se de uma “meta-governança”. A instabilidade nessa forma é de grande proporção, uma vez que o espaço estatal antes detentor do monopólio da regulação passa a desempenhar o papel de coordenador dos mais diversos projetos políticos alternativos.

Desse cenário, surge a importância do desenvolvimento da democracia participativa a ser estabelecida no espaço-tempo global, nacional, regional e local. Nesse sentido:

[...] compete ao campo da democracia redistributiva transformar o Estado nacional em elemento de rede internacional destinada a diminuir ou neutralizar o impacto destrutivo e excludente desses imperativos e se possível inverter o sentido destes na busca de uma redistribuição eqüitativa da riqueza globalmente produzida. (SANTOS, 1998, p. 68-69).

Boaventura, propõe que os fatores existentes da crise da democracia liberal não sejam excluídos, mas analisados e reestruturados a fim de contribuir para uma nova teoria democrática.

Assim, faz-se necessária a criação de novos mecanismos capazes de reverter a inefetividade do quadro até agora apresentado, fazendo com que a população participe com responsabilidade das decisões políticas e controle eficazmente os atos políticos praticados pelos seus representantes.

Continuar com o sistema representativo clássico não é possível, uma vez que se encontra deteriorado e não responde significativamente às novas demandas sociais, conforme exposto. Nesse viés, entende Antonio Porras Nadales e Pedro de Vega García que o primeiro ponto que deve ser pensado é se o sistema representativo contemporâneo é capaz de responder às novas demandas sociais,

vinculadas aos novos movimentos sociais, ou se faz necessário buscar novos e melhores sistemas para responder tais questões.

Sobre essa questão, entende-se que a posição a ser adotada é a busca pela reestruturação da democracia representativa, e não sua superação, a partir de novos mecanismos promotores de uma maior e mais efetiva participação.

Esse também é o posicionamento de Antonio C. Wolkmer (2000, p. 90):

a radicalização do processo democrático para a sociedade não implica descartar o paradigma da representação, mas reconhecer sua crise e redefini-lo em função de uma nova cultura política, fundada na participação dos sujeitos coletivos emergentes, corporificadores de uma cidadania comunitária.

Da mesma forma defende Bobbio ao afirmar que até esse momento ninguém conseguiu desenvolver uma instituição apta para substituir a representação mantendo as liberdades públicas dos cidadãos. Afirma também que é impossível a substituição da representação por alternativas diretas de participação a partir do modelo adotado pelo Estado contemporâneo: ou pelo seu tamanho territorial ou ainda pelos altos custos que causaria.

Entende-se que o problema da representação concentra-se na insuficiência das instituições existentes em relação às novas demandas sociais que surgem a cada momento.

Boaventura de Souza Santos também propõe que a democracia representativa seja reestruturada a partir de uma maior participação política que não restringe simplesmente ao ato de votar. E afirma que, para isso ser possível, o campo do político deve ser redefinido e ampliado, desocultando as formas de opressão e de dominação e criando novas formas de democracia e cidadania. Haverá com isso uma repolitização global da prática social e do campo político.⁴⁴

Uma das soluções propostas pela teoria política é a utilização da participação popular como fonte reestruturante da democracia representativa. Aproximar os cidadãos do poder decisório poderá contribuir de forma efetiva para a emancipação cidadã de cada indivíduo. Perceber-se como membro de uma comunidade, participando ativamente dela e assumindo a responsabilidade de suas decisões aproximará o indivíduo da concepção antiga de liberdade pregada por

⁴⁴ "Politizar significa identificar relações de poder e imaginar formas práticas de as transformar em relações de autoridade partilhada." (SANTOS, 1995, p. 270-271).

Constant e conduzirá a democracia representativa a um panorama mais aberto e flexível aos anseios populares.

Problemas; até então não enfrentados pela teoria política tradicional; terão seu espaço assegurado nas deliberações e tomada de decisões. Nesse sentido, explica Teixeira (2006, p. 28):

Exercita-se assim uma outra lógica – a da solidariedade e busca de um consenso normativo em relação a questões básicas, tais como meio ambiente, exclusão social, cooperação internacional, possibilitando-se o surgimento de novos tipos de participação, mais ampla, inclusive de conteúdo mais contestador, formando-se uma nova cultura política que se valorizam a ação coletiva, a construção de identidades, a criação e efetivação de direitos, o enfrentamento dos problemas cotidianos.

Dessa forma, questões pertinentes aos cidadãos não abordadas pelos seus representantes encontrarão abrigo e auxiliarão na emancipação do cidadão, através de sua participação efetiva na condução das coisas públicas. Mas para que isso ocorra de forma efetiva deve-se compreender o real significado de participação.

A expressão participação é uma das palavras mais utilizadas no vocabulário político, sendo muitas vezes associada a outros termos como a democracia. Frente a isso acaba por enfrentar o mesmo problema que esta, pois é aplicada com vários sentidos, implicando utilização diametralmente oposta de um autor para o outro.(GOHN,2003).

Participar tem como pressuposto dois significados semânticos fundamentais: *tomar parte* de um ato ou processo, e ser parte de um órgão, de uma região, de uma comunidade. Essas duas dimensões se interligam e interdependem, uma vez que “toma-se parte enquanto se é parte”. Nesse sentido, o segundo significado constitui uma “pré-condição ao exercício das prerrogativas dos participantes a uma atividade em uma dada coletividade”.(RANIOLO, 2002, p. 12-13)

Em termos amplos, entende-se que a participação consiste na escolha livre daquilo que é disponível na situação presente e comportamentos coletivos de associação e de promoção de recursos. Dessa forma é possível participar no interior das organizações sociais das mais diferentes naturezas, constituindo, até mesmo, uma forma de arrecadação de prestígio: aquele que participa com maior intensidade é premiado e visto como uma pessoa comprometida.

Já a ausência de participação confunde-se com a incapacidade de assumir responsabilmente a vida social e política, atribuindo ao povo a incapacidade de deliberar, votar, decidir e escolher, justificando, assim, a ausência ou o desinteresse pelo social e pelo político. A fim de preservar o elitismo, visando à conservação das classes dominantes, constrói-se uma ideologia em que as classes desprovidas de poder, subalternas, são incapazes de decidir o seu próprio destino e o destino de toda a sociedade, de forma autônoma.

No campo político, especificamente, a participação popular constitui o

processo político concreto que se produz na dinâmica da sociedade, mediante a intervenção quotidiana consciente de cidadãos individualmente considerados ou organizados em grupos e associações, com vistas a elaboração, à implementação ou à fiscalização das atividades do poder público. (DIAS, p. 79)

Elenaldo Teixeira(2003, p. 27-28) entende que participação é processo, ou seja, baseia-se na “interação contínua entre os diversos atores que são ‘partes’, o Estado, outras instituições políticas e a própria sociedade.” Propõe ainda uma diferenciação entre participação popular e participação cidadã. A primeira referindo-se à atuação de movimentos que têm por objetivo o atendimento das necessidades sociais tanto de forma violenta, ou seja, realizada contra o Estado (“posicionamento anti-Estado”), assim como a adoção de uma posição negligenciadora do Estado, atuando como se ele não existisse.

E referindo-se ao termo participação cidadã⁴⁵, explica que;

Ao referir a “participação cidadã” tenta-se, portanto, contemplar dois elementos contraditórios presentes na atual dinâmica política. primeiro, o “fazer ou tomar parte”, no processo político-social, por indivíduos, grupos, organizações que expressam interesses, identidades, valores que poderiam se situar no campo do “particular”, mas atuando num espaço de heterogeneidade, diversidade, pluralidade. O segundo, o elemento “cidadania”, no sentido “cívico”, enfatizando as dimensões de universalidade, generalidade, igualdade de direitos e responsabilidades, à propensão ao comportamento solidário, inclusive relativamente àqueles que, pelas condições econômico-sociais, encontram-se excluídos do exercício dos direitos, do “direito a ter direitos”.

⁴⁵ O autor destaca que a participação cidadã não se confunde com a “participação social e comunitária”, pois não se identifica com a participação isolada ou a prestação de serviços comunitários, muito menos com a defesa de interesses específicos ou “expressão de identidades”; também não se identifica com a participação popular, pois não tem como objetivo o atendimento às demandas sociais ou a realização de protestos contra o Estado ou de “costas para o Estado”.(TEIXEIRA, 2002, p. 31).

Pedro Demo (1999, p. 18), seguindo na mesma corrente, afirma que “participação é conquista”, ou seja, é um processo sem fim e que busca a autopromoção. Também é um processo de conquista, uma vez que não pode ser entendida como concessão já que não é algo secundário, mas principal. Além disso, ela não pode ser entendida como preexistente, “porque o espaço de participação não cai do céu por descuido, nem é o passo primeiro.”

A forma mais utilizada de participação ocorre através do voto. Aliás, na democracia representativa ela é uma das únicas formas possíveis. É a partir do exercício do direito do voto que se cumpre o papel de participação dos cidadãos na vida política de sua comunidade. Ampliar essa participação pode constituir um problema para o governo, uma vez que o desenvolvimento de uma aprendizagem que conduza os indivíduos a fazer parte do processo pode propiciar questionamentos acerca do próprio governo e da própria vida social vigente, surgindo a concepção de que participação é “liberdade com responsabilidade”.

De acordo com Pedro Demo, a participação está interligada à outra questão histórica que é a dominação e esta, por sua vez, interliga-se com o poder. A sociedade sempre gravitou ao redor do poder e a teoria da participação não pode ignorar esse fato, sob pena de se tornar ingênua e inócua. Nesse sentido, adverte o autor, que possíveis defensores da participação ao assumirem o poder podem se tornar seus inimigos, pois ela conduz às críticas e a divisão de possíveis privilégios.

A participação implica, na teoria democrática, na resposta à pergunta: quem e como participa do processo de tomada de decisões políticas? Para responder a essa indagação faz-se necessária a exposição acerca dos vários modos participação.

Juan E. Diaz Bordenave (1983, 27-31) acentua que ela poderá ocorrer de diversas formas: (a) participação de fato, ou seja, na execução material de tarefas que auxiliem dada comunidade como a pesca, a caça ou o culto religioso; (b) participação espontânea – é aquela que conduz os indivíduos a formarem grupos sem objetivos definidos, mas tendentes à satisfação de suas necessidades psicológicas de pertencer a um grupo ou de expressar-se; (c) participação imposta; nesse caso o indivíduo é obrigado a se integrar em determinado grupo ou realizar atos, é por exemplo o caso da obrigatoriedade do voto prevista no ordenamento

brasileiro; (d) participação voluntária, na qual os membros que criam determinado grupo definindo sua organização, estabelecendo objetivos e os métodos de trabalho, é o caso por exemplo dos sindicatos e partidos políticos; (e) participação voluntária provocada por um agente externo; nesse caso os integrantes são provocados por agentes externos a realizarem seus próprios objetivos ou então, daqueles que criaram os agentes externos; (f) participação concedida, aqui a participação é uma parte do poder considerada legítima de influências tanto dos representantes como dos representados, é o caso do orçamento participativo.

Maria da Glória Gohn (2003, p.16) acrescenta que a participação assume diversas formas, desde a liberal, passando pela revolucionária e autoritária, até chegar à democrática. Na primeira a participação atua de forma a privilegiar a sociedade civil a fim de que o Estado não possa interferir na vida dos indivíduos. Note-se que essa forma não implica participação do cidadão na vida estatal, mas, ao contrário, existe meramente para controlá-lo. São derivantes dessa forma: a participação corporativa, a qual fundamenta-se em um objetivo maior que os interesses pessoais: o bem-comum; e a participação comunitária, que “concebe o fortalecimento da sociedade civil em termos de integração, dos órgãos representativos da sociedade aos órgãos deliberativos e administrativos do Estado.” É a busca da união entre o público e o privado.

A segunda forma, participação autoritária, tem como objetivos a integração e também o controle social em relação à sociedade e à política. Pode se transformar em participação cooptativa em regimes que utilizem a representação. Nesse caso, há um estímulo vertical de cima para baixo, promovendo programas que amenizem os problemas sociais através da implementação de políticas públicas.

Na forma de participação democrática a soberania popular é privilegiada determinando a ocorrência da participação tanto na sociedade civil como nas instituições políticas. Segundo Gohn (2003, p. 17-18);

Alguns vícios existentes na concepção liberal, que explicam a constituição de redes clientelísticas movidas pelo poderio econômico ou de prestígio político, não ficam ausentes na concepção de participação democrática, porque o princípio básico é o da delegação de um poder de representação, não importando a forma como foi constituída essa representação. Defende-se o ideal liberal da competição no interior da sociedade civil e afirma-se que, no interior do Estado, as hierarquias devem ser respeitadas.

Na revolucionária a participação estrutura-se em coletivos organizados para lutar contra as relações de dominação e pela divisão do poder político. Essa organização poderá ocorrer no ordenamento jurídico vigente ou em “canais paralelos”, daí a importância dos partidos políticos responsáveis pela formação de quadros para que a participação se torne um instrumento qualificado. Já na participação radical busca uma substituição do regime da representação clássica para o da democracia participativa, na qual o controle seria de responsabilidade da sociedade, mas essa forma implica uma redistribuição do poder nas diferentes camadas e setores sociais.

A democrático-radical, união das últimas duas, tem como fundamento o pluralismo, pois fortalece a sociedade civil para que essa transforme as realidades sociais. Os movimentos sociais assumem uma relevância maior que os partidos políticos, uma vez que os entes participativos são considerados como “sujeitos sociais” e os indivíduos como “cidadãos”. Nesse sentido, “participar é visto como criar uma cultura de dividir as responsabilidades na construção coletiva de um processo, é dividir responsabilidades com a comunidade. Esta última é vista como parceira, como co-responsável permanente, não apenas como ator coadjuvante em programas esporádicos.” (GOHN, 2003, p. 19).

Para Bordenave (1983) a participação é inerente ao ser humano, fazendo parte de sua natureza.⁴⁶ Isso é demonstrado através das bases complementares que formam a participação. A primeira base ele denomina de afetiva, porque traduz o prazer que o indivíduo sente em fazer determinadas coisas com outros indivíduos; e uma base instrumental reveladora de que fazer as coisas com outras pessoas é mais eficaz que fazê-las sozinhas, no entanto essas duas bases devem se complementar e harmonizar.

Esclarece John Randolph Lucas (1985) que o tema não deve ser tratado de forma tão complexa, afirmando que a participação assume, basicamente, duas formas, quais sejam: o conhecimento das decisões a serem tomadas assim como os seus motivos; a outra, por sua vez, refere-se a uma postura mais ativa em que o

⁴⁶ “Em síntese, a participação é inerente à natureza social do homem, tendo acompanhado sua evolução desde a tribo e o clã dos tempos primitivos, até as associações, empresas e partidos políticos de hoje. Nesse sentido, a frustração da necessidade de participar constitui uma mutilação do homem social. Tudo indica que o homem só desenvolverá seu potencial pleno numa sociedade que permita e facilite a participação de todos. O futuro ideal do homem só se dará numa sociedade participativa.”(BORDENAVE, 1983, p. 17).

cidadão participa no sentido de prestar auxílio. Ou ainda, a simples presença do indivíduo ou a atividade, quando ele se empenha em decisões e atos políticos.

Para esse autor alguns aspectos da participação devem ser ressaltados. De um lado encontram-se os árdios defensores da participação e seus argumentos, assim como de outro lado, os contrários a esse posicionamento.

Na corrente defensora da participação defende-se que é mais fácil a compreensão dos motivos pelos quais uma decisão é tomada se o indivíduo fizer parte da discussão, a troca de experiências e de percepções sobre determinado tema torna a discussão mais proveitosa e com mais possibilidades de resolução dos problemas que afligem a sociedade. Isso porque essa forma de participação não acredita que todos os indivíduos são iguais, mas que é a partir da diferença que são estabelecidas novas redes de contato.

A liberdade era premissa do modelo clássico de representação, na qual uma das principais dicotomias se estabelecia entre o público e o privado. Com a participação, a distinção ocorre entre interesses próprios e interesses comuns, que podem coexistir na esfera do público e do privado. A liberdade assume, com isso, a feição adotada pelos antigos, na concepção de Constant; ou seja, não se limita a determinadas classes e nem ao político mas circunda todas as esferas de poder, principalmente o econômico e o cultural.

Dessa forma para Comparato (1989, p. 34):

O princípio da participação implica, pois, a realização mais concreta da soberania popular. Soberano é o povo, não apenas periodicamente, quando os cidadãos se deslocam para manifestar o seu voto, mas também e sobretudo quando eles exercem diretamente funções públicas no interesse coletivo. Protetor das liberdades é o Poder Público que interfere na vida econômica privada, corrigindo desvios ou impedindo que a concentração de poder em mãos de particulares se faça em detrimento do bem comum; quando exerce efetivamente as funções de serviço público, de educação e de saúde, por exemplo, que a iniciativa privada negligencia. O Estado aí não apenas pode, mas tem o dever constitucional de agir, sem que isso represente invasão do território particular, apropriado pelos indivíduos ou classes na sociedade civil.

Acredita-se também que a participação é capaz, segundo Lucas, de frear a tirania, uma vez que exerce um poder controlador direto dos atos do governo. Enquanto o governo usar o seu poder de forma correta, esse permanecerá, caso contrário, a participação será uma mola acionada no caso de uso incorreto do poder

e quando atuar de forma a atingir o bem-comum, a partir das decisões tomadas pelo povo.

Dessa forma, um dos papéis desempenhados pela participação popular é o controle social que pode ocorrer, na concepção de Teixeira (2003), ou através da prestação de contas pelo Poder Público aos cidadãos - *accountability*-, ou então, na responsabilização dos atores políticos pelos atos que praticaram durante seus mandatos. A soberania se externaria não só através da eleição de representantes, mas também com a forma de controle sobre os mesmos.

Paralelamente a essas vantagens, a corrente defensora da manutenção do sistema representativo clássico proclama diversos argumentos para eliminar a participação do cenário das disputas políticas. A primeira seria o enfraquecimento dos partidos políticos e de suas lideranças, assim como, o do próprio Poder Legislativo e, conseqüentemente, da própria democracia. (BENEVIDES, p. 44-110)

Sob esse aspecto, entende-se que uma análise mais aprimorada revela uma possível debilidade desse argumento. A participação popular, no sentido de intervenção direta do povo na formação da vontade estatal, atua como forma de controle do Parlamento e dos partidos políticos. Não há uma substituição dos representantes pela convocação dos cidadãos para que se reúnam, deliberando e votando os assuntos de interesse público. Há, todavia, uma maior discussão e fiscalização acerca de assuntos de relevância ímpar para a população. A participação dos cidadãos dessa forma tende a fortalecer os institutos da representação, uma vez que aproxima diretamente a sociedade civil da sociedade política.

Essa talvez seja uma das grandes barreiras encontradas pela participação política. Há um certo temor dos representantes de que surjam novas lideranças políticas que auxiliarão no controle e fiscalização dos atuais representantes eleitos. Da mesma forma esse medo se dissemina pelos partidos políticos, uma vez que os partidos menores, sem cadeiras suficientes no parlamento, podem atuar diretamente nas deliberações populares com o objetivo de implementar projetos do seu programa de governo.

Entende-se, que constitui premissa da democracia representativa a existência de partidos políticos. Esses corresponderiam à forma possível de estabelecimento de um elo entre a sociedade civil e a esfera política. Ademais, acredita-se que a delegação de poderes não deve ser substituída, mas sim

reestruturada, no entanto passa pela reformulação, através dos mecanismos propostos pela participação dos partidos políticos, mas não de sua exclusão do cenário político.

Ressalte-se paralelamente que a participação política ocorre internamente nos partidos políticos, a partir da discussão de ideias e programas condizentes com a prática partidária. Assim, para a teoria da democracia partidária a participação deveria ocorrer dentro e a partir dos partidos políticos.

Outra crítica à adoção da participação popular seria que essa resultaria na lentidão ou, até mesmo, paralisação do processo de tomada de decisões políticas pelo Parlamento e de sua implementação. Nesse caso, os benefícios trazidos pela participação são totalmente contrários a essa posição. Caberia ao povo decidir as questões mais controversas desafogando o Legislativo. Tem-se como exemplo a união civil de homossexuais, aborto e as diversas reformas propostas pelo Executivo entre outras. Cabe ressaltar ainda que Maria Victória Benevides entende que, dessa forma, haveria uma maior liberdade dos partidos e de seus membros para tratarem desses assuntos polêmicos deixando a decisão para a maioria dos cidadãos.

Na mesma esteira, outra crítica reside na argumentação de que a atividade plebiscitária pode conduzir a uma manipulação do povo e uma consequente implementação da tirania. Contudo, a competência para convocação para utilização desse instrumento seria do próprio povo ou do Parlamento e não do Executivo. Ressalte-se ainda que a deliberação sobre o assunto deveria ocorrer com plena liberdade de expressão, com a divulgação de todas as informações necessárias para que os indivíduos decidissem conscientemente.

A mais antiga crítica de todas é a de que o homem comum não teria capacidade técnica suficiente para conduzir politicamente o Estado. Há duas questões a serem analisadas em relação a esse ponto. A primeira é a de que a simples obtenção de capacidade técnica não é capaz de por si só transformar um indivíduo em um bom governante, mas os cidadãos também podem se cercar de informações e de meios alternativos para alcançar o conhecimento técnico supostamente exigido para determinada questão política. E a segunda, e mais contundente, é a de que a própria democracia representativa não exige nenhuma qualificação técnica específica como condição de elegibilidade dos candidatos.⁴⁷

⁴⁷ O art. 14, § 4º da Constituição Federal do Brasil dispõe que serão inelegíveis os alistáveis e os analfabetos, não impondo nenhuma condição técnica específica para a disputa eleitoral.

Della Porta coloca ainda mais dois pontos que merecem ser analisados: a existência de um descontentamento político gerado pelo aumento de participação e responsável pela criação de diversos riscos para a democracia, entre eles a desintegração da ordem civil, o enfraquecimento dos líderes e um aumento da alienação dos cidadãos; e as baixas taxas de participação.

Em relação ao primeiro, há autores, como Huntington (1997), que defendem a ideia de que haveria um excesso de democracia e, conseqüentemente, de participação, sendo que a primeira somente traria benefícios para o Estado se trouxesse em seu bojo uma certa dose de apatia popular. Para ele a vulnerabilidade da democracia norte-americana derivava do fato das dinâmicas internas da democracia numa sociedade altamente instruída, mobilizada e participativa.

Já de outra monta, existem estudos que revelam a baixa taxa de participação popular, entretanto ela diminuía de forma inversamente proporcional, à medida que aumentava a exigência de dedicação, tem-se como exemplo o fato de ir votar ao invés de interessar-se pela política.⁴⁸

Esse panorama traz para o aspecto político uma desigualdade de participação. Segundo Della Porta, os mais instruídos são os que mais participam politicamente, assim como os provenientes das classes médias, os homens, os indivíduos com fase de idade intermediária, os casados, os que residem em cidades, os integrantes das maiorias étnicas e aqueles que se encontram empenhados socialmente ou em organizações de diversos tipos.⁴⁹ Nesse sentido a desigualdade social refletiria também o desencadeamento de uma desigualdade política. Daí a existência de alguns autores que condicionam a participação a alguns fatores, quais sejam, a mudança na consciência popular e a diminuição das desigualdades econômicas e sociais.

⁴⁸ Della Porta descreve uma pesquisa realizada em 1965, nos Estados Unidos, sobre a quantidade de participação. Nesse sentido: “os ‘gladiadores’, muito activos em política, eram apenas 7% dos cidadãos; os ‘espectadores’, empenhados em um nível mínimo, 60%; e os ‘apáticos’ totalmente desinteressados, 30%. Verificaram-se resultados similares, no mesmo país, numa pesquisa de Verba e Nie [1972], que, distinguindo também o nível de participação, apuraram 22% de cidadãos, totalmente passivos, a que se juntavam 21% que se limitavam a votar, enquanto aos outros, 20% eram ‘localistas’ que só se interessavam pelas questões locais e 4% ‘paroquianos’ que apenas se ocupavam do que lhes dizia respeito directamente, 15% ‘contendentes’, que se mobilizavam em campanhas específicas; e somente 18% ‘acivistas globais’, envolvidos por todo o arco das questões políticas.” In: PORTA, Donatella Della. **Introdução à Ciência Política**. Tradução Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Estampa, 2003, p. 89.

⁴⁹ Pesquisa realizada nos Estados Unidos por Milbrath em 1977. In: PORTA, Donatella Della. **Introdução à Ciência Política**. Tradução Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Estampa, 2003, p. 87-88.

Em contrapartida encontram-se os autores defensores da participação colocando-a como propulsora da crise da democracia, determinando sua expansão, uma vez que os cidadãos utilizam todas as formas de participação para obterem suas metas políticas e demonstrando que não estão concordando com os rumos tomados pelo governo.

De acordo com Dias, é o viés político que desmascara ao indivíduo a sua posição de submissão e desigualdade na sociedade. A partir da participação é que os cidadãos possuirão mais condições para participarem de uma melhor forma conseguindo transformar sua condição social e política.

Nesse sentido, também entende Paulo Freire, ao afirmar que somente através da conscientização do indivíduo das pressões e das condições de submissão em que vive é que ele poderá alterar essa realidade.

Para Demo (p. 1999, p. 79) o aspecto mais importante da participação é o desenvolvimento de uma cultura democrática, ou seja, marca e característica de sua [do povo] organização e sobrevivência. Trata-se de uma cultura construída como um valor comum, não sendo tolerados níveis exorbitantes de desigualdade e ainda, “[...]a naturalidade do funcionamento de processos participativos, marcados pelo acesso aberto ao poder, seu controle, pela burocracia comprometida com o serviço aos interessados, pelo exercício constante das regras comuns do jogo, pela negociação como forma primordial de tratamento das divergências [...]”.

Nesse sentido, explica Demo que a constatação da existência da dominação e do impedimento da participação é meramente o ponto de partida para o desenvolvimento dessa nova cultura democrática. Isso porque participação implica compromisso e envolvimento, não sendo, porém, coerente com a desistência perante as dificuldades.

Ressalta ainda que a participação não é ausência de poder, mas sim outra forma de poder, uma nova forma de intervir na realidade passando pela “autocrítica”, reconhecendo os limites e as possibilidades de suas propostas e intervenções e o diálogo realizado de forma aberta com os interessados, reconhecendo nos indivíduos participantes não um objeto ou uma clientela, mas sim membros de uma comunidade que conhece seus problemas e busca conjuntamente por soluções. Por isso a maioria das políticas sociais propostas, ou melhor, “impostas pelo Estado”, constituem meramente assistencialismos.

Adotando a concepção de que a partir da utilização da participação poderá ser reestruturada a democracia representativa, surge a teoria da democracia participativa. Essa engloba as formas clássicas de representação, isso é, com a continuidade da delegação de poder, mas acrescentando instrumentos de participação direta dos cidadãos na condução das coisas públicas.

De acordo com Souza Santos e Avritzer, a democracia percorreu diversos estágios durante o último século. A primeira grande discussão teórica a esse respeito tinha como objeto a análise da desejabilidade da democracia, durante a primeira metade do século XX.

Isso porque durante o século XIX perdurou a ideia negativa de democracia, a qual consistiria num perigo às demais instituições, pois poderia colocar no poder alguém despreparado para assumir tamanha responsabilidade. É a ideia pregada por Mill quando afirma que somente os especialistas possuíam capacidade para governar de forma adequada.

Esse debate foi vencido pela corrente defensora do regime democrático, no entanto atualmente há uma expansão deste regime por todo o planeta. Contudo, junto com a vitória democrática foi propagado o consenso de que a representação seria a melhor forma de exercício da democracia.⁵⁰ Com isso, reduziu-se a democracia ao simples procedimento eleitoral, às regras do jogo no entender de Bobbio (2000), restringindo-se a participação e soberania popular. Disseminou-se no entender de Boaventura a hegemonia democrática da representação.

Essa ideia hegemônica foi aprimorada e influenciada por um outro debate surgido na última década do século XX: as variações adotadas pela democracia. A partir de sua análise, funda-se concretamente a concepção de democracia baseada na contradição existente entre a mobilização e a institucionalização, na valorização positiva da apatia política, ou seja, aos cidadãos caberia somente escolher os representantes e não decidir diretamente; na forma eleitoral adotada pelas diversas

⁵⁰ “[...] as sociedades capitalistas, sobretudo nos países centrais, consolidaram uma concepção hegemônica de democracia, a concepção de democracia liberal com a qual procuraram estabilizar a tensão controlada entre democracia e capitalismo. Essa estabilização ocorreu por duas vias: pela prioridade conferida à acumulação de capital em relação à redistribuição social e pela limitação da participação cidadã, tanto individual, quanto coletiva, com o objetivo de não ‘sobrecarregar’ demais o regime democrático com demandas sociais que pudessem colocar em perigo a prioridade da acumulação sobre a redistribuição.” In: Santos, Boaventura Souza de; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: Santos, Boaventura Souza de (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 59.

democracias; no pluralismo visto apenas a partir da existência de partidos políticos, na discussão entre as elites e nas teorias minimalistas da participação popular.⁵¹

O desenvolvimento de uma discussão a esse respeito, para ele, foi desencadeado pelos processos de democratização sofridos por diversos países, na segunda metade do século XX. Essa democratização trouxe ao debate questões envolvendo o procedimento e a participação social, sendo que a ampliação dessa participação fez com que surgisse uma redefinição sobre a adequação da solução não participativa e burocrática ao nível local, recolocando o problema da escala no interior do debate democrático e, enfim, trouxe à tona a questão envolvendo representação e diversidade cultural e social.

Esse processo democratização fez com que a democracia participativa assumisse uma identidade contra-hegemônica ao colonialismo ou autoritarismo vivenciado durante o século XX nos países do Sul.

Exercitada de maneira ainda representativa, os defensores dessa contra-hegemonia começam a conseguir espaço para dialogar buscando propostas possíveis à implementação de uma nova teoria democrática que respeite os diversos tipos de cultura, sem segregá-los, e que promova a emancipação do cidadão.

Conforme já apontado, nem o Parlamento possui capacidade técnica para deliberar e votar projetos de lei sobre todos os temas. Faz-se necessário, sendo até mesmo uma das condições de implementação da democracia participativa, a educação. É através dela que os cidadãos conseguirão se orientar para escolherem livremente os caminhos que sejam que o Estado percorra. A própria participação já constitui um processo de educação, uma vez que demonstra aos membros de uma dada sociedade todas as possibilidades possíveis e os embates e debates teóricos a respeito de um determinado tema.

Ademais a participação do cidadão nas deliberações, faz com que esse passe a se enxergar como membro integrante de uma sociedade, responsável pelas suas decisões e pelas propostas apresentadas.

⁵¹ Santos, Boaventura Souza de; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: Santos, Boaventura Souza de (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 41-42. Nesse sentido, pode-se afirmar que “a primeira via de afirmação da concepção hegemônica de democracia no pós-guerra é uma via que leva ao pluralismo valorativo à redução da soberania e, em seguida, à passagem de uma discussão ampla sobre as regras do jogo democrático à identificação da democracia com as regras do processo eleitoral.”, Souza Santos, p. 45-46.

Isso porque ao povo pertenceria a soberania e o controle de algumas das decisões finais do processo político, ocasionando, de outra monta, a identificação entre governantes e governados. É nesse sentido a exposição de Bonavides (2001): “a chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e não raro, supremo e decisivo.”

É também a posição de Teixeira (2003) quando afirma que:

Assim, há que priorizar os momentos que é estrategicamente indispensável sua participação, até porque a sociedade civil não pode substituir o Estado, que deve dispor de agentes capacitados e legitimados para as diferentes funções, responsabilizando-se pelos seus resultados. O aspecto estritamente decisório da participação perde sua ênfase para dar lugar ao debate público das questões, à propositura de alternativas, exigência de prestação de contas dos atos dos agentes públicos e consequente responsabilização.

Da mesma forma que Teixeira, Bonavides entende que uma nova teoria democrática somente existirá quando o povo detiver o domínio e o controle dos atos do governo, ou em outros termos, a forma possível de compatibilizar a representação com a participação: *accountability* e responsabilização. Ou seja, a prestação de contas do governo para a população e sua responsabilização pelos atos praticados.

A participação popular na tomada de decisões e, conseqüentemente, a democracia participativa tiram o cidadão do seu papel de espectador e o faz interpretar a atividade governamental como uma forma de ação, através de sugestões para os problemas. O indivíduo passa da passividade para a ação.

Dessa forma os Estados considerados periféricos podem conseguir manter uma democracia realizada de forma “democrática”, privilegiando a participação do cidadão na tomada de decisões e buscando uma melhor integração entre os membros da sociedade.

Nesse sentido, o Brasil, em 1988, já havia esboçado uma primeira intenção de adotar a participação direta do cidadão exercida concomitantemente com a democracia representativa, sendo uma inovação constitucional (WOLKMER, 1999). Contudo, embora tenha se destacado com a adoção da democracia participativa ela foi utilizada pouquíssimas vezes, existindo apenas como uma possibilidade formal.

A utilização dos referidos mecanismos contribuiria drasticamente para a retirada dos cidadãos brasileiros da inércia política, influenciando-os positivamente a participarem ativamente das atividades políticas do País.

A partir do estabelecimento de um canal direto de participação entre a sociedade civil e a sociedade política, poder-se-á redesenhar o Estado brasileiro, com novas demarcações pautadas na efetividade dos direitos fundamentais.

4.3 A viabilidade de transformação da democracia brasileira: para além dos Tribunais.

O Brasil através do Decreto presidencial n 8.243/14 que institui a política nacional de participação social (PNPS) e o sistema nacional de participação social (SNPS) conseguiu avançar para a formação de uma nova cultura de participação no Brasil. Esse decreto foi editado em 23 de maio de 2014, portanto, ainda impossível avaliar seus resultados. Mas, o primeiro e importante passo foi dado.

O objetivo da referida norma foi o de buscar uma organização maior e, assim, uma maior participação e aproximação da sociedade civil e a administração pública federal para a formulação, execução, monitoramento e avaliação dos programas de políticas públicas. O decreto não excluiu qualquer forma de participação social já existente e nem priorizou qualquer delas, mas ao contrário, ampliou as formas de interlocução entre sociedade civil e governo.

No art. 4º do Decreto institui-se como objetivo da PNPS “a consolidação da participação social como método de governo”. Busca-se, assim, uma maior participação popular na implementação de políticas públicas a partir de nove instâncias⁵²: (1) conselho de políticas públicas, (2) comissão de políticas públicas,

⁵² Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - sociedade civil - o cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações;

II - conselho de políticas públicas - instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas;

III - comissão de políticas públicas - instância colegiada temática, instituída por ato normativo, criada para o diálogo entre a sociedade civil e o governo em torno de objetivo específico, com prazo de funcionamento vinculado ao cumprimento de suas finalidades;

IV - conferência nacional - instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas

(3) conferência nacional, (4) ouvidoria pública federal, (5) mesa de diálogo, (6) fórum interconselhos, (7) audiência pública, (8) consulta pública e (9) ambiente virtual de participação social.

Note-se que uma das preocupações do Decreto presidencial foi de aproximar o governo federal das organizações locais, promovendo reafirmação do espaço local como espaço de decisão mais próximo aos cidadãos, buscando criar e desenvolver uma participação corriqueira, transformando os indivíduos em sujeitos ativos emancipados; cientes das possibilidades e limites de sua participação.

Coloca Dowbor (1996) que a aproximação dos centros decisórios das pessoas que acabarão por arcar com os benefícios ou prejuízos trazidos pela descentralização democrática e elevação de importância do poder local, ou seja, das pessoas que estão diretamente interessadas nos resultados, constitui uma boa política administrativa.

Poder local refere-se a influências e interferências nas políticas públicas localizadas não sendo restrito ao aspecto político, mas englobando também o econômico, social, familiar e até mesmo o poder carismático dos líderes de determinada localidade.

Com isso, o

específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado;

V - ouvidoria pública federal - instância de controle e participação social responsável pelo tratamento das reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública;

VI - mesa de diálogo - mecanismo de debate e de negociação com a participação dos setores da sociedade civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais;

VII - fórum interconselhos - mecanismo para o diálogo entre representantes dos conselhos e comissões de políticas públicas, no intuito de acompanhar as políticas públicas e os programas governamentais, formulando recomendações para aprimorar sua intersectorialidade e transversalidade;

VIII - audiência pública - mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais;

IX - consulta pública - mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação; e

X - ambiente virtual de participação social - mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil.

Parágrafo único. As definições previstas neste Decreto não implicam na desconstituição ou alteração de conselhos, comissões e demais instâncias de participação social já instituídos no âmbito do governo federal.

poder local foi redefinido como sinônimo de força social organizada como forma de participação da população, na direção do que tem sido denominado *empowerment* ou empoderamento da comunidade, isto é, a capacidade de gerar processos de desenvolvimento auto-sustentável com a mediação de agentes externos – novos educadores de ONGs do Terceiro Setor. O novo processo ocorre, predominantemente, nas novas redes societárias, sem articulações políticas mais amplas com partidos políticos ou sindicatos. (GOHN, 1997, p. 35)

De acordo com Tânia Fischer (1993) a noção que envolve o poder local contém, basicamente, duas idéias que se complementam e ao mesmo tempo são antagônicas, conforme o sentido a ser adotado pelo intérprete.

Nesse sentido, referindo-se a um espaço territorial delimitado, o poder local se identifica com as noções de “base, território, microrregião e outras designações que sugerem constância e uma certa inércia”(FISCHER, 1993, p.153). Contudo, há um outro sentido não de espaço territorial, mas sim, de uma delimitação abstrata onde ocorrem as relações sociais que se quer privilegiar. Demonstra, conseqüentemente, movimento e interação dos diversos grupos sociais, os quais se articulam e se opõem em torno de interesses comuns.

Cabe ressaltar que o espaço local conta com um fundamento territorial inegável. Todavia, não se resume a este. Devem ser refutadas as fronteiras institucionais a fim de que sejam recriados espaços em funções das demandas e das problemáticas que atingem determinadas localidades.

Portanto, quando se fala em local, não se está circunscrevendo ao conceito à rua, ao bairro ou mesmo à cidade, uma vez que há sempre um segundo sentido embutido na questão territorial, ou seja, o universo de análise é mais amplo e abstrato, trata-se de uma compilação de aspectos sociais, culturais e históricos que une as pessoas em torno ou não de um território determinado.

Nesse sentido: “Ao se falar em local, alude-se ao conjunto de redes sociais que se articulam e superpõem, em cooperação ou conflito, em torno de interesses, recursos e valores, em um espaço cujo contorno é definido pela configuração desse conjunto.”(FISCHER, 1993, p.154)

Na realidade, conforme ensina Dowbor (1996), a mesma dinâmica que nos levou aos espaços globais nos fornece as tecnologias para a reconstituição da humanidade organizada ao redor das comunidades, as quais passam a se reconhecer internamente que se reconhecem e a interagir, estabelecendo um

diálogo com o resto do mundo, participando de forma organizada de espaços mais amplos.

Um dos benefícios trazidos pelo local é a vivência de identidades. O sujeito se reconhece como integrante daquela determinada comunidade e como próprio sujeito, com características pessoais elevando sua importância para o grupo no qual se encontra inserido.⁵³

Contudo, faz-se necessária uma maior reflexão acerca da natureza institucional da participação localizada e não aceitá-la como mero apêndice dos movimentos reivindicatórios ou das associações populares, mas sim, como detentora e propiciadora de uma dimensão eminentemente democrática. E é isso que o decreto instituiu como objetivo.

Dessa forma a garantia da participação, como uma possibilidade de canalizar as demandas dos diferentes setores da sociedade e como um instrumento de dinamização da gestão, necessita de mecanismos institucionais com funções previamente definidas nas diferentes instâncias da gestão municipal.

Há, contudo, um impasse no tocante a realização da vontade popular através desses novos mecanismos, os quais, normalmente, possuem natureza meramente consultiva, não obrigando que os representantes cumpram as decisões advindas de uma deliberação popular.

As formas atuais de efetivação dessas determinações mostram-se de extrema relevância para o futuro próximo da democracia participação, pois embora seus adeptos continuem crescendo, os posicionamentos contrários angariam cada vez mais simpatizantes.

Até maio de 2014, ou seja, antes do Decreto 8.243, as únicas formas de realização da vontade popular ocorre através dos mecanismos de participação inseridos no texto constitucional, portanto, vinculantes, ou quando através de um partido político que se encontra no governo realiza um projeto de consenso local, através, portanto, da delegação de poder.

Acerca da institucionalização entende-se que ela

⁵³ “É o próprio conceito de nação que tem ser revisto. A expressão e vivência do sentimento de identidade é absolutamente vital para o ser humano, e esta identidade é com um grupo, com tradições, valores, com uma língua ou dialeto, com roupas, com cultura no sentido amplo: não se materializa necessariamente na existência de um exército, de uma polícia política e de guardas nas fronteiras. E não se vê necessariamente afetada pelo tipo de aparelho de música ou pela marca do carro utilizado.” In: DOWBOR, Ladislau. Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **A reinvenção do futuro**. São Paulo: Cortez; Bragança Paulista: USF-IFAN, 1996, p. 64.

cria possibilidades de ação coletiva para o reconhecimento, efetivação e construção de direitos, o que entretanto não é automático, observando-se ainda que pode também levar ao imobilismo, pelo envolvimento em regras burocráticas, e à inserção na lógica do poder, com o uso de artifícios para protelar decisões e favorecer particularismos.(TEIXEIRA, 2002, p. 173)

Constituía um desafio para os seguidores da corrente da efetivação da democracia participativa a criação de meios que gerem obrigações para os poderes executivo e legislativo de cumprimento das decisões tomadas popularmente.

Com a efetivação vinculante dessas decisões populares os partidos políticos também possuem suas funções cada vez mais aprimoradas, pois estão próximos da população a fim de conseguir uma representatividade maior em determinada comunidade.

Essa participação leva os cidadãos a desenvolverem um caráter de emancipação, uma vez que conseguem visualizar a efetivação de seus projetos, frutos de deliberação direta da comunidade e assim começam a se engajar nos processos políticos.

A leitura do decreto remonta a uma ideia implementada há mais duas décadas pelo Partido dos Trabalhadores nos Municípios e Estados que governaram: o orçamento participativo. Sua estrutura é muito próxima e a análise dessa forma de participação clarifica o objetivo da participação previsto na legislação. Assim, sua análise é relevante para dimensionar a forma de participação e suas consequências na implementação de políticas públicas.

O orçamento participativo é um dos mecanismos de participação popular utilizado em nível local respondendo as carências de setores menos favorecidos buscando, dessa forma, uma distribuição mais justa e igualitária dos bens públicos nos municípios brasileiros.⁵⁴

Iniciou no cenário brasileiro com a campanha para a Prefeitura de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, através do Partido dos Trabalhadores, que buscava democratizar as decisões políticas de sua gestão a partir da criação de Conselhos Populares. Dessa forma objetivava que cada cidadão pudesse influenciar

⁵⁴ De acordo com Boaventura de Souza Santos o “orçamento é o instrumento básico do contrato político que subjaz a essas relações, bem com o das interações entre os diferentes organismos estatais encarregados de executar tal contrato.” In: SOUZA SANTOS, Boaventura de. Orçamento participativo em Porto Alegre: para um democracia redistributiva. In: SOUZA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 465.

e interferir na criação de políticas públicas e de questões relevantes para a municipalidade, buscando a democratização da representação pelos caminhos da democracia direta.

No entender de Janaína Rigo Santin (2000), o orçamento participativo constitui um dos maiores exemplos de manifestação do poder local e participação democrática, além de criar uma identificação de subjetividades através do exercício da soberania.

Na sua participação concentram-se os mais diversos atores sociais, destacando-se o cidadão comum, as associações de bairros e organizações não governamentais. Seu processo de deliberação inclui duas formas fundamentais: a participação direta dos cidadãos e a constituição de um conselho de delegados. Ou seja, uma eminentemente de participação popular direta e a outra com forma representativa, demonstrando claramente a possibilidade de coexistência dessas duas formas de exercício do poder político.

O orçamento participativo está sendo utilizado em diversos municípios brasileiros, entre eles, o de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul. Nesse caso específico a deliberação popular ocorre em função das obras prioritárias a serem realizadas pela Prefeitura. Constitui, dessa forma, um espaço público não estatal, composto por estruturas políticas institucionais ou auto-reguladas (Conselho do Orçamento Participativo).

De acordo com Leonardo Avritzer (2003, p.577),

esse processo envolve duas rodadas de assembleias regionais intercaladas por uma rodada de assembleias locais. Em uma segunda fase há a instalação do Conselho do Orçamento Participativo, um órgão de conselheiros representantes das prioridades orçamentárias decididas nas assembleias regionais (moradores de bairros, portanto, a condição de participação direta é a moradia) e locais (exercida de forma representativa, através de delegados que procurarão priorizar as necessidades mais urgentes de cada localidade). A elaboração administrativa do orçamento ocorre no Glapan – Gabinete de Planejamento da Prefeitura, órgão ligado ao gabinete do prefeito.

Para Boaventura (2003) existem três princípios norteadores dessa modalidade de participação direta do cidadão. O primeiro seria o de que todos os cidadãos têm o direito de participar, sendo que as organizações comunitárias não

gozam de nenhum privilégio em relação aos cidadãos. O segundo princípio seria que a participação é dirigida através de uma combinação de regras da democracia direta e representativa, sendo as regras determinadas pelos próprios participantes. E por fim, o terceiro é o de que os recursos tendem a ser distribuídos através de critérios de ordem geral, a partir do escalonamento das prioridades, e critérios de ordem técnica, definidos pelo Poder Executivo, a partir de estudos de viabilidade técnica e econômica.

Uma das críticas realizadas pela oposição quando da estruturação e modelação do orçamento participativo foi a de que ele não passava de um modelo simplista para a resolução de problemas, com uma dose menor de clientelismo, mas que primava pela resolução imediatista de problemas urgentes. Outra foi a de que era impossível manter um diálogo com a cidade toda, pois as discussões eram dirigidas para localidades submunicipais, ou seja, os bairros, criando um problema no arranjo final das prioridades do próprio município. E por fim, que a realização do processo de participação das camadas mais populares, acabou por excluir a participação de outros setores como empresários, sindicatos e a classe média.

Para resolver tais problemas identificados não só pela oposição, mas também pelo próprio governo, foram organizados o Congresso da Cidade e as plenárias temáticas. Do primeiro, realizado em 1993, participaram os delegados e conselheiros do orçamento participativo, as organizações da sociedade civil de todos os tipos, as universidades e os órgãos do governo. Teve como escopo primordial a definição das diretrizes do desenvolvimento econômico e urbano que orientariam o governo na realização dos próximos orçamentos participativos.

Já as plenárias temáticas passaram a integrar essa modalidade de participação direta a partir do ano de 1994, objetivavam vincular o orçamento aos princípios integrantes do Congresso da Cidade. Constituem tais plenárias em mecanismos de associação em que são eleitos delegados, variando seu número de acordo com o número de participantes, e também dois representantes para atuar no Conselho do Orçamento Participativo. Nesse caso, qualquer cidadão pode votar, independente da região onde reside, ampliando dessa forma as discussões e a composição social dos participantes.

Avritzer aponta que a baixa adesão da população à participação através da modalidade do orçamento participativo foi substituída já no segundo ano de

realização por um aumento no número de participantes, conforme dados fornecidos pela Coordenação de Relações com a Comunidade / Prefeitura de Porto Alegre.

Nesse sentido, explica Boaventura que dois problemas são detectados a proporção entre representantes e representados (um delegado para cada dez participantes) e a qualidade dessa representação, no tocante à autonomia dos representantes em face do governo e da verdadeira defesa dos interesses dos representados e não os interesses pessoais do representante. Muitas dessas questões continuam a ser debatidas pelos integrantes do orçamento participativo a fim de buscar soluções que excluam a possibilidade de criação ou manutenção de sistemas autoritários, clientelistas e de baixa intensidade de participação.

O decreto já prevê a participação de todos os setores da sociedade civil organizada ou não e o desenvolvimento de mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis.

Talvez esse seja um dos grandes méritos da implementação do orçamento participativo, a sua constante discussão sobre as formas com que é realizado e implementado. A verificação de que, apesar de seus benefícios, esse modelo conta ainda, com algumas arestas a serem consertadas ou adaptadas ocorre pela quase inexistência de um modelo participativo no Brasil.

Esse é um dos pontos de destaque do decreto presidencial: a introdução de uma forma constante de avaliação e organização interna de forma a minimizar situações de baixa efetividade.

Um ponto positivo a ser destacado é a alteração da tecnoburocacia para uma cultura democrática, uma vez que essa experiência possibilitou aos técnicos do executivo, responsáveis pelo orçamento uma aprendizagem profunda em relação à comunidade na qual se encontram inseridos, uma vez que buscaram utilizar termos mais acessíveis à população que não detém conhecimento técnico específico sobre todas as matérias. Além disso, nenhuma das propostas trazidas pelos cidadãos pode ser descartada se não for suficientemente comprovada a sua inviabilidade, reforçando a diretiva de que todas as decisões devem ser motivadas por essa comissão técnica.

A cultura política da participação e da solidariedade é uma cultura de contracorrente nas sociedades em que domina o individualismo possessivo e mercantilista que o neoliberalismo tem levado ao paroxismo. Por isso, não é possível ficar satisfeito com sua

reiteração prática por intermédio das instituições de participação, uma vez que estas, em tal contexto, estão sempre sujeitas à perversão e à descaracterização. Para se manter e aprofundar, a cultura da participação e da solidariedade tem de ser servida por um projeto pedagógico ambicioso que envolva o sistema educativo no seu todo, os serviços públicos, e sobretudo o terceiro setor que, apesar de ter assumido um papel cada vez mais importante na provisão das políticas públicas, têm utilizado o seu caráter privado para fugir ao controle público e recusar a instituição de mecanismos internos de participação. (SOUSA SANTOS, 1998)

O decreto da política nacional de participação social prevê em seu art. 5º que a Administração Pública Federal direta e indireta deverão considerar as instâncias e os mecanismos de participação social, para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de seus programas e políticas públicas. Ou seja, prevê que haverá uma total ligação entre o deliberado e o executado pela Administração. Assim, a implementação de políticas poderá se alinhar diretamente aos anseios populares diminuindo significativamente o abismo gerado pela ausência de preocupação do Estado com a efetivação dos direitos fundamentais.

No entender de Rodrigo Stumpf González (1998), o orçamento participativo foi e continua sendo responsável por uma gradual mudança na cultura política dos municípios em que é adotado. Tal afirmação é consequência da análise do perfil dos participantes, a maioria da área urbana e os extratos mais pobres, alterando a configuração dos canais de participação, antes clientelistas ou fechados ao povo, para meios abertos de discussão, tornando-se educativo. Coloca ainda o autor que o reconhecimento da esfera pública de um espaço de participação popular é causa, por um lado, da “possibilidade de representação dos interesses dos setores populares” e, por outro lado, “a institucionalização das formas legítimas de reivindicação”.

Esse cenário, portanto, acaba por conduzir o cidadão a defender e propor projetos de encontro aos seus interesses e ao mesmo tempo faz com que ele reconheça o poder estatal, institucionalizado, conhecendo que tais projetos apenas serão executados dentro das possibilidades orçamentárias, contribuindo para a legitimação do Poder Executivo.

Contribui ainda, na fiscalização e controle da administração. O orçamento participativo direciona-se nesse sentido, aumentando o grau de *accountability*, exemplificada pelo monitoramento dos cidadãos em relação ao Poder Executivo.

Da mesma forma a participação dos cidadãos transforma o processo de efetivação de um projeto mais célere, uma vez que a população já se encontra informada a respeito daquela matéria, ampliando seu conhecimento sobre a cidade e sobre assuntos técnicos, com isso o conhecimento é democratizado.

Trazendo os benefícios da utilização do orçamento participativo para a implementação da participação social prevista no decreto presidencial será possível incrementar a participação brasileira corrigido possíveis desvios e ampliando o cânone democrático. Assim, em um cenário de maior aproximação do governo com a população a busca pelo Judiciário para a implementação de políticas públicas tende a reduzir.

O exame desse decreto também impõem uma diferenciação entre participação cidadã e participação social. A primeira coloca como centro da discussão a sociedade, ou seja, não corresponde mais as associações de comunidade ou então originadas pelos marginalizados, mas a de um conjunto de indivíduos e grupos sociais com grande gama de diversidades, sejam elas econômicas, culturais ou ideológicas. “Trata-se de práticas que rompem com uma tradição de distanciamento entre a esfera em que as decisões são tomadas e os locais em que ocorre onde ocorre a participação da população.” (GOHN, 2003, p. 56-57)

Com essa tendência de institucionalização da participação, ela passa a ser planejada periodicamente com o objetivo de implementação de políticas públicas. Os conselhos gestores constituem um dos melhores exemplos dessa forma de participação.

Já na participação social, centra-se o conceito de mobilização, ou seja, quando há forças canalizadas para objetivos comuns. Nesse sentido: “a mobilização ocorre quando um grupo de pessoas, uma comunidade, uma sociedade decide e age com um objetivo comum, buscando, cotidianamente, os resultados desejados por todos.”(TORO, 2000, p.12)

No conceito de mobilização correspondem as suas premissas aos programas de gestão participativa desenvolvidos pelas Organizações Não-Governamentais, que integram o terceiro setor. De acordo com Gohn, uma das formas contemporâneas dessa modalidade de participação ocorre através do trabalho voluntário, criando ou reforçando a identidade do sujeito participante. Com

isso, a identidade é construída a partir de um reconhecimento difuso do eu e do outro ultrapassando as diferenciações de classe, de regiões ou de nações.

A questão que envolve o terceiro setor levanta críticas e elogios. Defende-se a ideia que uma sociedade civil organizada em movimentos amplia o cânone de cidadania e participação, fazendo com que o cidadão busque modificações das relações sociais que se desenvolvem no cotidiano.

A função desempenhada através dos novos movimentos sociais é de extrema valia na execução de tarefas de transformação da sociedade civil e do próprio aparato estatal, através de ações concretas. Sherer-Warren (1996) destaca essa relevância em países de tradição autoritária e pouco participativa, como é o caso brasileiro. Isso porque eles atuam de forma a estabelecer um equilíbrio entre as forças estatais [campo de política institucional] e a sociedade civil [organização a partir de diferentes classes ou agrupamentos] e ainda, dentro de cada um desses setores.

Além disso, os movimentos sociais politizam as instituições da sociedade civil através do desenvolvimento da capacidade de participar, criando outros mecanismos de participação que não os liberais burgueses tradicionais.

Essa distinção é relevante porque cria a instância dos conselhos de política pública, que é instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas (art. 2º, II do Decreto 8.243/14).

Os conselhos, por sua vez, são associações utilizadas na gestão pública e não são tão recentes. Seu início reside na mesma época que a democracia participativa.⁵⁵ Todavia os mais famosos foram a Comuna de Paris⁵⁶, os Conselhos do sovietes russos⁵⁷ e os Conselhos dos operários de Turim⁵⁸.

⁵⁵ Para maiores detalhes ver: GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. 2ª ed, São Paulo: Cortez, 2003. E também: ESTEVÃO, Ana. **Poder local nos conselhos de Oeiras e Alcácer do Sal**. Relatório de pesquisa apresentado em seminário do GEMDEC/FE/Unicamp. Campinas: Unicamp. 1993.

⁵⁶ A Comuna de Paris foi um governo dos trabalhadores, constituindo a maior gestão operária por meio de conselhos populares, ocorrido na França no ano de 1871. Teve curta duração, com apenas dois meses de vida. Tinha como proposição democratizar e organizar o trabalho de natureza capitalista, buscando substituí-lo por outro.

⁵⁷ Originaram-se em São Petesburgo em 1905 e recriados em 1917 através da revolução socialista. Eram organismos de classe, compostos por operários, soldados e intelectuais revolucionários e que tiveram como tarefa mais avançada a direção de processos de produção, além de desempenharem tarefas públicas nas áreas da saúde e segurança.

⁵⁸ Eram os conselhos de fábricas, criando alternativas à participação, organização e encontrando uma forma possível de divisão de trabalho, com a indústria e urbanização desenvolvidas.

No Brasil podem ser verificados, no decorrer do século XX, basicamente, três tipos de conselhos: os originados pelo Executivo, para mediar suas relações com os movimentos e com as organizações populares; os denominados populares, originados na sociedade civil organizada para negociar com o poder público; e os institucionalizados, com possibilidade de participar da gestão dos negócios públicos criados por leis originárias do Poder Legislativo, surgidos após pressões e demandas da sociedade civil.

Os conselhos comunitários são exemplos da primeira categoria, ou seja, originados pelo Executivo. Eles foram criados no final da década de 1970, para atuar junto à administração municipal.⁵⁹

Os conselhos populares, por sua vez, surgiram já na década de 1980, por iniciativa dos partidos de oposição ao regime militar, tendo como centro a discussão por participação, mas desempenhavam diversos papéis:

organismos do movimento popular atuando com parcelas de poder junto ao executivo (tendo a possibilidade decidir sobre determinadas questões de governo); organismos superiores de luta e de organização popular, gerando situações de duplo poder; organismos de administração municipal criados pelo governo para incorporar o movimento popular ao governo, no sentido de assumirem tarefas de aconselhamento, deliberação e/ou execução. (GOHN, 2003, p. 75).

A criação dos conselhos institucionalizados é de competência dos partidos políticos, responsáveis pela mobilização popular ou incentivados pela própria Prefeitura para responder às demandas locais.

Por fim, os conselhos gestores são responsáveis pela reordenação das políticas públicas a fim de construir uma maior democratização. Possuem o papel de mediador entre o Estado e a sociedade no tocante ao exercício da representação e participação da população. A Constituição Federal de 1988 adotou os conselhos gestores. Assim como as leis orgânicas municipais.

Esses conselhos foram muito desacreditados pelos movimentos sociais, uma vez que surgiram como política pública em uma época de ascensão do neoliberalismo, sendo que tais novas estruturas se inserem na esfera pública e, por

⁵⁹ Maria da Glória Gohn traz alguns exemplos dessa forma de conselho: conselhos comunitários criados pelo decreto n. 16.100, em 1979. In: GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. 2ª ed, São Paulo: Cortez, 2003, p. 71.

força de lei, encontram-se vinculadas ao Poder Executivo, com a função de auxiliar no desenvolvimento das políticas públicas específicas de acordo com as necessidades privilegiadas pelo órgão em que atuam. São compostos por representantes do poder público e também da sociedade civil.⁶⁰

Esses conselhos criam uma esfera pública não-estatal, estabelecendo um novo padrão de relacionamento entre o Estado e a sociedade, viabilizando a participação de determinados segmentos sociais no desenvolvimento de políticas sociais e possibilitando o acesso dos cidadãos aos espaços decisórios⁶¹, ou seja, relacionam-se ao processo de formação das políticas e tomada de decisões.

Há, contudo, alguns pontos que são discutidos pela doutrina acerca da função desempenhada pelos conselhos gestores. Dessa forma, uma corrente admite a função de auxiliar do Legislativo, restringindo os conselhos do plano de consulta. Outra defende um caráter fiscalizador do Executivo, implicando adoção da descentralização e participação pelo governo, nesse caso. Com isso, “se o Estado e as políticas neoliberais ‘desconstroem’ o sentido público, retirando sua universalidade e remetendo para o campo do assistencialismo e da lógica do consumidor usuário de serviços, os conselhos têm a possibilidade de reaglutinarem esses direitos fragmentados, reconstituindo os caminhos de construção da cidadania que está, por ora, esfacelada.” (GOHN, 2003, p. 88)

Mas como o decreto e o incremento da participação promovida pelas suas instancias deliberativas poderão auxiliar na redução das consequências negativas do fenômeno da judicialização nos casos de repercussão geral?

Essa pergunta possui duas respostas: a primeira fora dada até o presente momento – a existência de um projeto nacional de implementação de políticas públicas com alto grau de participação poderá servir de elemento negativo para a propositura de demandas que buscam a efetivação de direitos fundamentais. A outra resposta se dará diretamente no Poder Judiciário. É que com a abstrativização do

⁶⁰ São exemplos de Conselhos gestores em âmbito federal: Conselho Nacional do Trabalho, vinculado ao Ministério do Trabalho; Conselho Nacional de Educação, Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras; Conselho Nacional de Assistência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS); Conselho de Gestão de Previdência Complementar, ligado ao MPAS; Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, vinculado ao Ministério da Justiça; Conselho Nacional de Política Cultural, ligado ao Ministério da Cultura e Conselho Nacional do Meio Ambiente, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente.

⁶¹ Apesar desse caráter decisório, ‘vários pareceres oficiais têm assinalado e reafirmado o caráter apenas consultivo dos conselhos, restringindo suas ações ao campo da opinião, da consulta e do aconselhamento, s em poder de decisão ou deliberação.’ In: GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. 2ª ed, São Paulo: Cortez, 2003, p. 88.

controle concreto de constitucionalidade, passou-se a admitir a presença do “amicus curiae” nos julgamentos dos recursos extraordinários, conforme determinação do parágrafo 6º do art. 543-A do CPC.

O instituto do *amicus curiae* enriquece o debate com a admissão de terceiro em processo até então restrito às partes, pois permite a esse que se manifeste em ação cuja decisão a ser proferida acarretará repercussões não só aos litigantes, mas também a toda sociedade.

O instituto democratiza a fiscalização de constitucionalidade porque reconhece a representatividade da entidade ou órgão e informa os julgadores sobre a repercussão política, social, econômica, jurídica e cultural da decisão advinda da análise da ação.

Assim, os conselhos e demais instâncias deliberativas previstas no decreto poderão contribuir significativamente para o conteúdo das decisões judiciais, pois terão alto grau de *expertise* sobre o tema.

Na forma em que o Direito e o Poder Judiciário brasileiros se desenham atualmente no Brasil impossível falar em eliminação total do processo de judicialização. A crise política, aliada a falta de participação de um lado e a nova forma de interpretação do Direito do outro, conferem aos Magistrados um alto grau de poder.

Esse poder de “dizer o direito” está por corroer a estrutura contemporânea de funções estatais, pois vem paulatinamente retirando a relevância das instâncias de poder e passando-as ao Judiciário. Somente um melhor aproveitamento da participação popular para conferir um destaque maior da cidadania será capaz de reverter esse panorama.

5 CONCLUSÃO

A judicialização da política é um fenômeno das democracias contemporâneas. Com a sublimação do positivismo jurídico por uma nova hermenêutica o Poder Judiciário ganha destaque em relação aos outros dois poderes do Estado.

Partindo da premissa de existência desse fenômeno, a pesquisa buscou demonstrar em seu primeiro capítulo que a expressão judicialização é plurívoca e, portanto, usada com diversos significados dependendo dos objetivos dos interlocutores. Aqui foram estudadas quatro acepções. Na primeira questionou-se a utilização do termo como sinônimo de ampliação de acesso ao Poder Judiciário. Embora se tenha comprovado, a partir dos números trazidos pelo Conselho Nacional de Justiça, o aumento da procura do Judiciário pela sociedade brasileira, buscou-se aferir que dados estatísticos analisados de maneira quantitativa não possuem o condão de demonstrar a maior participação do Poder Judiciário em matérias que deveriam estar restritas ao Poder Legislativo e Executivo. Assim excluiu-se essa acepção da presente pesquisa.

A segunda acepção trata da interferência do Poder Judiciário nas regras do jogo eleitoral seja por decisões que alteram as decisões políticas e os arranjos

eleitorais, seja pelo uso do Judiciário pelos partidos políticos, parlamentares e candidatos para buscar divulgar algum ato que prejudique a campanha. Para comprovar que essa forma de judicialização é praticada no Brasil, a pesquisa trouxe a análise de dois julgados e dados quantitativos da atuação do Supremo Tribunal Federal.

A terceira modalidade é a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Da mesma forma que no caso anterior, a pesquisa de buscou demonstrar quantitativamente e qualitativamente o uso dessa forma de judicialização pelo Poder Judiciário.

Em relação ao quarto aspecto, qual seja, o controle de constitucionalidade, a tese buscou demonstrar que esse é um instrumento para a realização da judicialização e não o fenômeno em si. Dentre as formas de controle de constitucionalidade optou-se por examinar o controle concreto e, mais diretamente, o instituto da repercussão geral, que gerou uma alteração nos efeitos dessa modalidade de controle abstrativizando sua decisão. Assim, demonstrou-se que a decisão proferida na repercussão terá validade estendida a todos os processos que se enquadrem como idênticos e que estejam sobrestados nos Tribunais.

Sobre o instituto da repercussão, estudou-se a sua origem e motivos de sua inserção no sistema processual brasileiro. Também buscou-se fazer uma análise quantitativa e qualitativa da utilização desse sistema e seu impacto nos recursos extraordinários.

Uma vez demonstrada a existência desse fenômeno e a utilização da repercussão geral como instrumento de sua ampliação pelo Supremo Tribunal Federal, o segundo capítulo dedicou-se ao exame das causas justificadoras da judicialização, tendo como recorte metodológico a crise da representação no Brasil e o uso de nova hermenêutica pelo Poder Judiciário brasileiro.

Assim, demonstrou-se que com o rompimento da tradicional visão do direito que o concebia como um sistema fechado, hierarquizado, coerente e completo. Visualizou-se, então, que contemporaneamente há um sistema que compreende o direito como múltiplas cadeias normativas capazes de apreender a complexidade da realidade socioeconômica. Esse sistema se destaca pela multiplicidade de suas normas, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingentes.

Demonstrou-se que com o novo processo de constitucionalização do Direito houve um interrelacionamento do Direito com a Justiça, situação insustentável no marco da hermenêutica anterior. Desta forma, a interpretação do Direito passa obrigatoriamente a ter que dividir espaço com o elemento de justiça, com a proteção do desigual, das minorias, a promoção da dignidade, da igualdade substancial, a concretização de direitos fundamentais. E as demandas de justiça, e, por conseguinte, seus conflitos, restritos aos atores políticos ou a debates na arena da sociedade civil foram sendo compreendidas pelo Direito e pelo Poder Judiciário.

Outra condição favorável é a crise da representação política. Nesse viés, a falta de identidade entre representado e representante contribui para um descaso social em relação a política e por outro lado um menosprezo pela efetivação dos direitos fundamentais gerando uma busca maior dos cidadãos pelo Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.

Vencida a batalha das justificações da judicialização, passou-se a análise das correntes procedimentalista e substancialista. Esta, destacando os pontos positivos da judicialização, como forma incrementadora da cidadania e garantidora da liberdade. A outra direcionando seus estudos para as críticas feitas ao fenômeno da judicialização e buscando novas formas de inserção e uso dos procedimentos para o resgate da identidade política da sociedade.

Habermas, principal expoente dessa linha de pensamento, entende que para a criação do Direito é central a participação de uma livre e ativa cidadania. Dessa maneira, a democracia não seria compatível com a judicialização da política. A competência legislativa que vem sendo exercida pelo Judiciário não teria amparo racional dentro dos processos democráticos comunicativos. Assim, para tal eixo, a comunidade de intérpretes da Constituição atuaria por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, através de uma cidadania ativa. Para este modelo, na democracia, uma Corte Constitucional deveria restringir-se a uma compreensão procedimental da Constituição. Desta forma, o papel do Judiciário seria de estabelecer elementos de proteção do processo de criação democrática do Direito.

Adotando essa concepção, a pesquisa passou a identificar como mecanismo de redução desse processo de judicialização, o incremento da participação popular nos mecanismos de gestão da coisa pública e na implementação de políticas públicas. Partindo da concepção de Boaventura de

Souza Santos, buscou-se demonstrar que a participação pode contribuir para a formação de um novo estado democrático de experimentação possa surgir. Para tanto, dois princípios devem ser seguidos. O primeiro refere-se à igualdade de condições de desenvolvimento nas diversas soluções institucionais. Apenas dessa forma é que será estabelecida uma forma democrática de buscar uma nova democratização. O segundo princípio relaciona-se com a garantia de padrões mínimos de inclusão, tornando possível a uma maior cidadania ativa a ser desempenhada no controle dos projetos alternativos existentes.

A tese, embora não tenha como aferir em dados empíricos que o aumento da participação pode gerar uma diminuição do fenômeno da judicialização, os dados da prática social na qual existe uma participação mais próxima do cidadão é capaz de reduzir desigualdades e criar um sentimento de identidade entre representante e representado e desenvolvendo a emancipação individual e social.

REFERÊNCIAS

AGUILO REGLA, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In _____. **Sobre Derecho y Argumentación**. Palma (Mallorca): LLeonard Muntaner, 2008, p. 11-28.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SOUZA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo: Ática, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **O Positivismo Jurídico**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é participação?** São Paulo: Brasiliense, 1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4963. Ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269041&caixaBusca=N>. Acesso em: julho 2014.

_____. ADPF 45. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+45+MC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o8v6y6e>. Acesso em: julho 2014.

_____. RE 567.985 Recurso extraordinário. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2569060&numeroProcesso=567985&classeProcesso=RE&numeroTema=27>. Acesso em: julho 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580.963. Recurso Extraordinário. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580%2E963%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nk8zxv6>.

_____. ADI2.649/DF. Ação direta de inconstitucionalidade: Associação brasileira das empresas de transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros – ABRATI.[...] Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Requerente: ABRATI – Associação das empresas de transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros. Requerido: Presidente da República. Julgado em 08/05/2008. Disponível em : Acesso em: 01/08/2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta 715-DF. Disponível em
http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/revista_eletronica/internas/rj13_2/paginas/resolucoes/res21002.htm. Acesso em: julho 2014.

_____. Pet. 954-57.2011.6.00.000. Classe 24. Disponível em:
<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/resolucao-do-tse-23-389-2013>. Acesso em julho 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1999.

CARVALHO, Valter Rodrigues. O jogo das escolhas eleitorais: entrada estratégica dos partidos políticos nas eleições majoritárias estaduais sob a regra da “verticalização” das coligações eleitorais. Tesde de doutorado em Ciências Sociais. Orientação: Dra. Vera Chaia. PUC/SP: 2012.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: José Arthur Gianotti et al. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM, 1985.

COUTO, C. e ARANTES, R. “Constituição, Governo e Democracia no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.21, no 61, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, v. 145, p. 151-162, mar. 2007.

DANTAS, Bruno. O recurso extraordinário e a Lei 11.418/2006: notas sobre a dinâmica da repercussão geral. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 879-880.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista**: noções de política social participativa. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

DIAS, Solange Gonçalves. **Democracia representativa X Democracia participativa**: participação popular no plano local e emergência de um novo paradigma democrático. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

DOWBOR, Ladislau. Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **A reinvenção do futuro**. São Paulo: Cortez; Bragança Paulista: USF-IFAN, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria>>. 2003.

FEREJOHN, J. "Judicializing Politics, Politicizing Law". **Law and Contemporary Problems**, v.65, nº 3, 2002.

FERRAJOLI, Luigi Miguel. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2. ed. 2005. Madrid, 1995.

FIGUEROA, ALFONSO G. La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2. ed., Madrid. 2005.

FISCHER, Tânia; CARVALHO, Juvenilda. Poder local, redes sociais e gestão pública em Salvador – Bahia. In: FISCHER, Tânia (Org.) **Poder Local: Governo e Cidadania**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

GAMA e SILVA NETO, Luis Antonio da. **A repercussão geral no recurso extraordinário**. 2009. 423 f. Dissertação de mestrado em Direito – Pontifícia universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

GARCÍA DELGADO, Daniel. **Estado-nación y globalización**. Buenos Aires: Ariel, 1998.

GARCÍA GUITIÁN, Elena. El discurso liberal: democracia y representación. In: ÁGUILA, Rafael del, et al. **La democracia em sus textos**. Madrid: Alinza, 1998.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Participação popular, cultura política e ação coletiva: uma análise do orçamento participativo em Porto Alegre. In: BAQUERO, Marcello; CASTRO, Henrique Carlos de Oliveira de; GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **A construção da Democracia na América Latina**. Porto Alegre: La Salle, 1998, p. 209 – 211.

GOULART, Clóvis de Souto. **Formas e sistemas de governo**. Uma alternativa para a democracia brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/ CPGD – UFSC, 1995.

GUASTINI, Riccardo. La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano.' In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2. ed. Madrid. 2005.

GUSMÃO, Luis A. Sarmiento Cavalcanti de. Constant e Berlin: a liberdade negativa como a liberdade dos modernos. In: SOUZA, Jessé (Org). **Democracia hoje: os desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Entre facticidade e validade. Vol. I, Tradução de Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1983.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=95161>. Acesso em: 30.mar.2012.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HUNTINGTON, S. P. Gli Stati Uniti. CROZIER, M.; HUNTINGTON, S.; WATANUKI, J. **La crisi della democrazia**. Milão: Angeli, 1977.

JACOBI, Pedro. Descentralização municipal e participação dos cidadãos: apontamentos para o debate. **Lua Nova**, São Paulo, n. 20, maio. 90.

KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o espanhol por Eduardo Vásquez, R Inés Ortiz, Jorge Bacqué, María Isabel Azaretto e Eugenio Bulygin. Distribuciones Fontanamara, S.A., México, DF. 5ª edição. 1995.

_____. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o espanhol da obra Was ist die reine Rechtslehre?. Distribuciones Fontanamara, S.A., México, DF. 5ª edição. 1997.

_____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno. A atuação do Poder Judiciário em uma sociedade pluralista: uma análise a partir da democracia deliberativa de Cass R. Sustein. ANPOCS. Disponível em : http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1505&Itemid=350. Acesso em: janeiro de 2014.

LUCAS, John Randolph. **Democracia e participação**. Tradução Cairo Paranhos Rocha, Brasília: UNB, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAUS, Ingerborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, n. 58, nov.2000, p. 183-202.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2005.

NADALES, Antonio J. Porras; GARCÍA, Pietro de Verga. Introducción: El debate sobre la crisis de la representación política. In: NADALES, Antonio J. Porras (Org.). **El debate sobre la crisis de la representación política**. Madrid: Tecnos, 1996.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. Martins Fontes: São Paulo, 2008.

OLEA, Víctor; MARIÑA FLORES, Abelardo. **Crítica de la globalidad**: dominación y liberación en nuestro tiempo. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

PIETRO SANCHÍS, Luis P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. 2ª edição. 2005.

PORTA, Donatella Della. **Introdução à Ciência Política**. Tradução Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Estampa, 2003.

RANIOLO, Francesco. **La partecipazione politica**. Bologna: Mulino, 2002.

ROESLER, Cláudia R.. A Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: apontamentos a partir de Theodore Viehweg. In: CADEMARTORI, Daniela M. L. de; GARCIA, Marcos L. (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito**: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008.

_____. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo M.; ROESLER, Cláudia R. (Org.) **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SANTIN, Janaina Rigo. **Globalização e poder local**. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>>. Acesso em 04 de julho de 2009.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós- modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa.; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza.. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. v. 01, 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1998.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TEIXEIRA, Elenaldo. **O local e o global: limites e desafios da participação cidadã**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

TORO, Bernardo. Roda Viva. In: **Boletim Gestão 21**, n. 01, Rio de Janeiro, fevereiro/2000, p. 12.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics*. New York : New York University.

VATTER, Miguel E. La democracia, entre representación y participación. In: NADALES, Antonio J. Porras (Org.). **El debate sobre la crisis de la representación política**. Madrid: Tecnos, 1996.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=is. Acesso em: 20 set. 2010.

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

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Crise da representação e cidadania participativa na Constituição brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 42, jul. 2001.

_____. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.