

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, ATIVISMO JUDICIAL E CRISE DO ESTADO: OS LIMITES DE AÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA¹

DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM, JUDICIAL ACTIVISM AND CRISIS OF THE STATE: LIMITS OF ACTION AS THE KEYSTONE TO THE JUDICIARY'S LEGITIMACY IN DEMOCRACY

RESUMO: Este trabalho pretende analisar a relação entre o constitucionalismo democrático surgido após a Segunda Guerra Mundial, a transferência do polo de tensão que essas constituições proporcionaram em direção ao Poder Judiciário e os limites que este deve seguir para continuar como poder constituído, não constituinte. Inicialmente, serão feitos aportes sobre a importância da democracia constitucional. Esse modelo, alicerçado nos direitos fundamentais, proporcionou a grande abertura para que todos os poderes da república – não apenas o Judiciário – se tornassem vinculados a um modelo de vida em comum. Nesse sentido, embora seja nítida a importância que o Judiciário adquiriu com as constituições democráticas, é impossível negar o fato de que, especialmente na contemporaneidade, ele extrapola os seus limites de ação. É por isso que será diferenciado a judicialização da política – consequência óbvia desse desvio da tensão no sentido do Poder Judiciário – do ativismo judicial – como interferência indevida deste poder. Será defendido que a existência de questionamentos a respeito da possibilidade de dirigismo constitucional não pode significar o fim da programaticidade dos direitos fundamentais contidos na constituição, especialmente em face dos intensos processos de desconstitucionalização patrocinados pelos influxos neoliberais e globalizantes. Em seguida, serão demonstradas duas posturas teóricas – o Judiciário como instituição de reflexividade (Pierre Rosanvallon) e de garantia (Luigi Ferrajoli) – que, embora distintas, têm como traço comum a aposta no Judiciário para concretização de direitos fundamentais. Até mesmo essas posturas teóricas, contudo, demonstram-se pessimistas quando tratam do ativismo judicial, uma vez que entendem que este é uma demonstração de desfuncionalidade do Poder

¹ Autores:

Clarissa Tassinari – Bacharel em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Doutoranda em Direito (UNISINOS). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq-BR. Lattes: <http://www.tassinari.adv.br/lattes>. E-mail: clarissa@tassinari.adv.br

Elias Jacob de Menezes Neto – Bacharel em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN). Mestre em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS). Doutorando em Direito (UNISINOS). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Lattes: <http://www.eliasjacob.com.br/lattes>. E-mail para contato: eliasjacob@eliasjacob.com.br

Endereço de correspondência:

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Programa de Pós-Graduação em Direito.
Avenida Unisinos, 950 - 93022-000 - São Leopoldo, RS – Brasil.

Judiciário. Essa desfuncionalidade será caracterizada como um elemento desestabilizador interno ao próprio Estado que contribui para a sua crise funcional, nos moldes propostos por Jose Luis Bolzan de Moraes. Nesse sentido, será demonstrada a transformação das democracias em juristocracias, conforme elaboração de Ran Hirschl. Por fim, demonstrar-se-á como o sistema político respondeu, através da PEC 33/2011, aos excessos do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; Crise funcional do Estado; Constitucionalismo democrático; Juristocracia; Ativismo judicial.

ABSTRACT: This paper will examine the relationship between democratic constitutionalism – emerged after the Second World War –, the shift of democratic tension that these constitutions provided towards the judiciary and the limits that it should follow to continue a derived – not constituent – power. At first, it will be shown some theoretical contributions about the importance of constitutional democracy. This model, rooted on human rights, allowed that all branches of government – not only the judiciary – to be bounded to this model of living in society that is a constitution. In this sense, although it is clear the importance of the judiciary within democratic constitutions, it is impossible to deny the fact that, especially nowadays, the judiciary extrapolates its limits of action. That's the reason why it will be pursued a differentiation between the judicialization of politics – an obvious consequence of this tension shift in direction of the judiciary – and judicial activism – as undue interference of the judiciary. It will be argued that raised questions against the “dirigismo constitucional” may not mean the end of the hole played by human rights inscribed in constitutions, especially against of intense processes of deconstitutionalization promoted by neoliberal and globalizing tendencies. Then, it will be demonstrated two theoretical positions – the judiciary as an institution of reflexivity (Pierre Rosanvallon) and guarantee (Luigi Ferrajoli). These authors, besides their very different philosophical background, have in common the belief in the judiciary as a mean to promote human rights. Nevertheless, even these theoretical positions are pessimist about judicial activism, since they understand that this is a demonstration of dysfunctionality of the Judiciary. This dysfunctionality is characterized as a destabilizing element internal to the state itself, which contributes to its functional crisis, as proposed by Jose Luis Bolzan de Moraes. In this way, it will be shown the transformation from democracies to juristocracies as argued by Ran Hirschl . At the end, it will demonstrate how the political system responded to judicial activism through the “PEC 33/2011”.

KEYWORDS: The Judiciary; Functional crisis of the State; Democratic constitutionalism; Juristocracy; Judicial activism.

INTRODUÇÃO

A discussão não é nova. O papel do Judiciário e as transformações do direito constitucional certamente deslocaram o eixo da separação de poderes em sua direção. Basta, para tanto, ver o surgimento de diversos “neoconstitucionalismos”, que possuem em comum a aposta – deturpada – no ativismo judicial como pedra angular da jurisdição constitucional. É de se perguntar, para além dos limites materiais e formais das decisões do Judiciário, qual a

legitimidade democrática e os limites de ação desse poder dentro do contexto das democracias contemporâneas ocidentais.

Como instituição do Estado, uma análise da legitimidade política do Poder Judiciário não pode ignorar o tema das crises estatais. Nesse sentido, parece fundamental entender que parte da explicação sobre os fenômenos de judicialização da política e de ativismo judicial está associada aos problemas enfrentados por um “[...] Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar [...]” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60). Num círculo vicioso, as dissonâncias geradas pela crise funcional do Estado, ao receberem como resposta uma aposta no Judiciário, acabam se multiplicando, sendo possível afirmar que essa crise é, simultaneamente, causa e consequência do ativismo judicial.

Este trabalho analisará brevemente a ascensão e o declínio – parafraseando Martin van Creveld (2004) – da ação do Poder Judiciário no constitucionalismo democrático. Se, por um lado, é inegável a sua importância para a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos – do que decorrerá, como consequência, a judicialização da política –, por outro, é de se questionar a legitimidade dos seus excessos. Se, como parte do Estado democrático de direito, o Judiciário extrapola os seus limites de ação – ativismo judicial –, ele mesmo contribui para a desestruturação dos sistemas de limites e garantias em que todos os poderes estatais se sustentam. Demonstrar-se-á, assim, como o ativismo judicial – e a sacralização da jurisdição constitucional, para usar as palavras de Jose Luis Bolzan de Moraes – está conectado à crise funcional do Estado e a desconstrução do constitucionalismo democrático. Por fim, através do exemplo da PEC nº 33/2011, será explicitada a resposta do sistema político aos excessos do Judiciário.

2 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E PODER JUDICIÁRIO

2.1 NOTAS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Democracia e constitucionalismo são conceitos que se confundem, especialmente se forem percebidos como “democracia constitucional” e “constitucionalismo democrático”².

² Para Ferrajoli (2007, p. 1172), a Constituição é “[...] lo statuto di un’istituzione politica consistente in un insieme di norme sulla produzione dotate di un qualche grado di effettività, il cui atto istitutivo è l’atto costituente e che, in democrazia, ha: a) come norme di riconoscimento della sfera pubblica la divisione dei poteri, la rappresentatività politica delle funzioni di governo per il tramite dell’esercizio dei diritti politici e la separazione da esse delle funzioni di garanzia, b) come norme di riconoscimento della sfera privata la produzione ad opera dell’esercizio dei diritti civili delle situazioni disponibili ad essa appartenenti e c) come

Numa noção estrutural, a constituição pode ser entendida como o estatuto de uma entidade política que tem, como ato institutivo, o ato constituinte, exercido, por sua vez, pelo poder constituinte e cujo conteúdo consiste no conjunto de normas sobre produção, formal ou substancial, dos próprios atos estabelecidos. É, portanto, condição de todo o sistema jurídico, capaz de subordinar todas as outras normas, do que resulta sua rigidez, ou seja, a impossibilidade de sua modificação fora dos procedimentos estabelecidos por ela mesma.

Contudo, nenhuma noção exclusivamente procedimental é capaz de estabelecer quais são as normas de reconhecimento e os caminhos definidos pela constituição. Isso só pode ser feito tendo-se em vista uma teoria normativa da democracia, cujo objetivo é delimitar os conteúdos para as normas de reconhecimento, ou seja, atribuir à carta política o adjetivo “democrática”. O constitucionalismo democrático só existe, portanto, quando os direitos fundamentais – limitadores de todo exercício de poder – são expressos nas constituições.

As constituições democráticas são um compromisso político em relação ao futuro. Elas internalizam os princípios ético-políticos externos ao direito vigente, ou seja, transformam-lhes em *principia iuris et in iuri*, capazes de vincular a coerência e a compatibilidade na produção, interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional. Todas essas características culminam na blindagem da constituição contra as investidas das maiorias eventuais, pois os direitos fundamentais presentes nas constituições democráticas são o conjunto daquelas regras que possibilitam a participação de todos, ainda que minorias ou oposição, no jogo democrático, de modo que não podem ser diminuídos ou eliminados, mas somente ampliados e reforçados. Seu surgimento permitiu a constitucionalização dos direitos fundamentais, elevando-os ao *status* de direito supra-ordenado a todo exercício de poder, que passaram a ser vinculados às garantias estabelecidas pelos textos das cartas políticas. A titularidade comum dos direitos fundamentais nas constituições democráticas identifica-se à soberania popular, o que reforça o caráter político da democracia constitucional, dado que o “poder do povo” passa a ser entendido, sobretudo, no sentido de que o povo compõe um conjunto de poderes ativos que são os direitos constitucionais secundários, dos quais todo poder constituído é derivado, e de todos os contra-poderes passivos que são os direitos constitucionais primários, dos quais todos os poderes constituídos são subordinados e funcionalizados (FERRAOLI, 2007, p. 47) .

Os enfoques filosóficos e históricos possibilitam a verificação de que o pensamento contratualista é inerente à concepção política de uma constituição democrática. Partindo-se de Hobbes e, posteriormente, avançando no pensamento iluminista, desenvolveu-se uma concepção de Estado contrária ao pensamento clássico. Assim, o ente estatal passou a ser entendido não como fato natural da condição humana, mas como uma criação artificial, fruto do pacto entre homens que buscavam a proteção das suas necessidades e direitos naturais – vida, propriedade, liberdade, direitos políticos e sociais. Para essa corrente teórica, o estado natural do homem é o de ausência de leis, de maneira que a organização política estatal somente se justifica enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, tanto lógica quanto histórica, o Estado de direito precede à democracia política, especialmente em virtude de ter desenvolvido um conjunto de limitações e vinculações ao próprio regime democrático de caráter majoritário.

A natureza contratual das constituições democráticas deve-se, sobretudo, às circunstâncias históricas dos seus textos, dado que todas as constituições dignas deste nome nasceram como ruptura com o passado e, também, como projeto de futuro.. O conceito de “contrato social” está fortemente associado à ideia de liberação da opressão e da refundação do pacto de convivência social, que, nas constituições modernas, estabeleceram a ruptura com os regimes absolutistas. Traçando um paralelo com a Era Moderna, é possível afirmar que as constituições do segundo pós-guerra foram respostas ao estado de natureza em que se encontravam os direito interno e internacional, o que faz com que o antitotalitarismo seja um componente intrínseco às constituições democráticas e às democracias constitucionais, mesmo nos países que não experimentaram diretamente os regimes fascistas.

As constituições surgiram tanto como projeto jurídico quanto como programa político, com obrigações de fazer e não fazer como condições de legitimidade ao exercício de qualquer poder. Essa limitação dos poderes está amparada naquilo que Luigi Ferrajoli denomina a “esfera do indecível”. A teoria liberal, contudo, sempre defendeu a limitação de determinados poderes públicos, inclusive o poder da maioria, o que torna necessário esclarecer três principais evoluções desse que é considerado o núcleo imutável das constituições democráticas do segundo pós-guerra.

As constituições democráticas permitiram especial relevância da esfera do indecível ao criarem mecanismos de vinculação das maiorias, seja através da (in) decidibilidade absoluta – como no caso das cláusulas pétreas –, seja por meio da (in) decidibilidade relativa – como ocorre nos casos em que a constituição exige um procedimento diferenciado, nitidamente mais complexo, para modificação do seu texto. Não se trata,

portanto, de uma simples categoria da filosofia política, mas de um componente fundamental dos textos das constituições democráticas atuais capaz de limitar inclusive o exercício do Poder Judiciário. Esses limites e esses vínculos, portanto, não são princípios de legitimação política externos ao ordenamento, mas princípios jurídicos que estão no seu interior (FERRAJOLI, 2008, p. 103).

Além disso, a ideia de esfera do indecível das democracias constitucionais do segundo pós-guerra dizem respeito não somente a uma esfera do indecível, mas, especialmente, a uma esfera em que há obrigação de decidir, ou seja, à obrigação de que, em determinados assuntos, não se pode deixar de tomar uma decisão. Enquanto a esfera do indecível trata dos limites negativos para proteção dos direitos de liberdade contra as investidas dos poderes públicos, a esfera do que deve ser decidido está relacionada aos vínculos positivos, igualmente obrigatórios, para garantia dos direitos sociais.

A terceira diferença está relacionada ao tipo de poder que cada modelo limita. De maneira geral, as concepções clássicas – como, por exemplo, aquelas dos autores iluministas – entendiam que a esfera do indecível estaria submetida somente aos poderes públicos – o Estado. Na evolução democrático-constitucional desse conceito estão igualmente vinculados os poderes de natureza privada – mercado. Assim, no Estado democrático de direito, que não admite poderes absolutos, todas as esferas de poder estão submetidas aos limites e vínculos cuja finalidade é garantir os direitos fundamentais. .

Cumpra, por fim, ressaltar que a existência de uma esfera do indecível, em harmonia com o estabelecido nas constituições democráticas, não extinguiu o papel da política, mas, pelo contrário, criou novos fundamentos e possibilitou sua proteção contra o exercício arbitrário dos poderes. Legislativo e Executivo – instituições de governo – tornaram-se responsáveis pela esfera do decidível, ou seja, pela inovação legal, pelo estabelecimento de agenda política e, especialmente, pela implementação das funções e das instituições de garantia, ou seja, sua criação e regulação, sempre em obediência ao mandamento constitucional: ou seja, na obrigação de produzir com conjunto de legislações capazes de garantir os direitos fundamentais e suas garantias. Nesse sentido, até mesmo os direitos fundamentais mais primários – ou de primeira dimensão – exigem a elaboração de legislação infraconstitucional, de competência da política, para que sejam concretizados. É possível concluir, com isso, que as constituições democráticas, em vez de “imobilizarem” a política, legitimam essa atividade.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

As transformações do Poder Judiciário no segundo pós-guerra – ou, no Brasil, especialmente após a constituição de 1988 – modificaram vertiginosamente a concepção de jurisdição constitucional, situação que resultou na popularização dos conceitos de “judicialização da política” e “ativismo judicial”. A possibilidade dos tribunais concretizarem os direitos fundamentais previstos nas constituições democráticas do segundo pós-guerra – em especial, em relação aos direitos de minorias – é um aspecto essencial para a recente expansão da atuação do Poder Judiciário, o qual invade a arena de deliberação da política (TATE; VALLINDER, 1995).

Em ambas as abordagens – judicialização da política e ativismo judicial –, existe em comum a noção de que o Poder Judiciário passa a ter posição privilegiada no direito desta quadra da história. As semelhanças, contudo, não significa que sejam a mesma coisa. Ao contrário do que boa parte da doutrina jurídica afirma, judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos bastante distintos, de modo que é necessário estabelecer as diferenças entre eles caso se queira compreendê-los adequadamente.

Nesse sentido, a compreensão da judicialização da política envolve os fluxos entre o direito, a política e o Poder Judiciário. Logo, o constitucionalismo – uma tentativa do direito para controlar a política – está diretamente vinculado à judicialização da política. As profundas transformações inauguradas pelos textos constitucionais contemporâneos produziram mudanças igualmente marcantes no direito e, portanto, na concepção de Estado, especialmente em virtude do deslocamento do polo de tensão do Poder Executivo – característica típica do Estado social – para o Poder Judiciário – marcante no Estado democrático de direito. Dessarte, Lenio Streck (2011, p. 190) afirma que

[...] é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional) [...] pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo.

As novas constituições, ao viabilizarem uma reformulação do Estado ao redor dos direitos fundamentais, criaram novas relações entre os poderes públicos e inseriram o Poder

Judiciário no espaço da política em virtude da maior presença do direito na vida social (BARGOS et al, 1999). Logo, é possível entender que a judicialização da política é simplesmente um efeito lógico da maior presença dos direitos fundamentais nos textos constitucionais democráticos do segundo pós-guerra, situação que, inexoravelmente, aumenta o número de demandas ao Poder Judiciário pela tutela desses direitos. Além disso, a crescente incapacidade do Executivo e do Legislativo na concretização daquelas promessas constitucionais catalisam esse fenômeno de litigiosidade exacerbada. Antes de ser algo negativo ou positivo, a judicialização da política é uma característica das sociedades cujas constituições estabelecem uma série de direitos fundamentais. Simultaneamente, os poderes públicos demonstram-se incapazes de lidar com esse crescimento de demanda, o que fortalece essa judicialização.

O ativismo judicial é, conforme exposto, frequentemente confundido com a judicialização da política ou entendido como mera decorrência do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Tratam-se de caracterizações incompletas e inadequadas, uma vez que, embora seja possível conectar ativismo judicial e controle de constitucionalidade, é incorreto questionar a (in)compatibilidade entre exercício do controle de constitucionalidade e a existência do Estado democrático de direito, questão superada pela previsão textual de possibilidade desse controle pelo Poder Judiciário. De maneira sintética, é possível afirmar que o ativismo judicial ocorre quando o direito é substituído por argumentos morais, políticos e preferências pessoais dos juízes (STRECK, 2011, p. 589).

De maneira um tanto distinta, Ran Hirschl (2004, p. 6-11) entende que o (hiper)ativismo judicial também é fruto de uma conjuntura de problemas políticos – tais como um sistema político enfraquecido ou descentralizado – de maneira que

the more dysfunctional the political system is in a given democracy, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity. Persistent political deference to the judiciary may be seen as an effective way of overcoming systemic political “ungovernability, ” and ensuring the unity and “normal” functioning of such polities.

Assim, a incapacidade das estruturas políticas para resolverem seus conflitos sociais e os entraves encontrados pelos grupos políticos majoritários corroem a autoridade dos poderes Legislativo e Executivo, o que leva, segundo Hirschl, a uma dependência sistêmica dessas estruturas políticas em relação ao Poder Judiciário e seu caráter supostamente apolítico e profissional. O ativismo judicial, conclui o referido autor, é derivado de fatores políticos, não jurídicos.

2.3 O FIM DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE?

Também de extrema importância para compreender o fenômeno de transferência do polo de tensão do poder para o Judiciário é o conceito de “constitucionalismo dirigente”, do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho (2001). Em sua obra, Canotilho avança a partir da tese de 1961 do jurista alemão Peter Lerche, cujo objetivo foi demonstrar o caráter estratégico das constituições do segundo pós-guerra. Graças a essas cartas políticas, afirmam esses autores, o Estado de direito recebeu um “plus” do texto constitucional, especialmente em virtude da previsão de direitos fundamentais e de garantias para a sua concretização.

No Brasil, a obra de Canotilho teve especial receptividade, uma vez que bastante adequada aos anseios da população que vivia um momento de ruptura em virtude do fim da ditadura militar. Isso possibilitou o surgimento de uma compreensão de que o texto constitucional é o catalisador de todas as ações do Estado. A importância dada pelo conceito de constituição dirigente ao direito constitucional retira a ideia de que ele deve ser caudatário da economia e da moral, por exemplo, uma vez que defende a mudança da realidade social e política através do direito (BERCOVICI, 2008, p. 151).

Mais recentemente, contudo, o ideal de uma constituição dirigente tem sofrido críticas dos mais variados tipos, especialmente em virtude das análises que levam em consideração os fenômenos da globalização e da expansão neoliberal³. Além disso, o fortalecimento de perspectivas teóricas de matriz procedimentais acerca da constituição debilita a sua força normativa e o caráter vinculante dos direitos fundamentais que ela estabelece. Nesse sentido, até mesmo o próprio Canotilho (2008), embora continue reconhecendo a importância do texto constitucional como elemento básico da legitimidade do Estado e como instrumento de garantias contra desregulamentações, afirma passar por um “aparente desencanto”⁴ ao revisitar a sua tese inicial de constitucionalismo dirigente.

³ O dirigismo constitucional vem sendo fragilizado, também, pelos anseios neoliberais e os seus sucessivos golpes, através de reformas, ao texto constitucional. Isso possibilitou a invasão dos discursos da análise econômica do direito. Como afirma Alexandre Morais da Rosa (2008, p. 18-23), a partir da invasão desta teoria cria-se um ideal de eficiência, marcado pela: “i) proeminência do campo econômico sobre o jurídico; ii) manipulação do critério de ‘justiça’ por ‘eficiência’; iii) desprezo pelos direitos sociais e pelo Estado Democrático de Direito em nome da flexibilização” (p. 18). Isso é exatamente o oposto daquilo que vem sendo pregado pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, marcado pela existência de um texto constitucional compromissório, visando ao bem-estar social. Sob os aportes do movimento Law and Economics, o dirigismo constitucional é substituído, então, pelo dirigismo de blocos econômicos.

⁴ Em sentido diverso, Lenio Streck (2011, p. 169) afirma que “a ideia de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo,

Em outro texto, Canotilho (2003) afirma que uma das perplexidades da sua revisão do dirigismo constitucional está relacionada à problemática do sujeito. Para o autor, boa parte dos seus interlocutores não compreende o significado da “perda do sujeito” na nova problematização da sua teoria. Segundo ele, alguns entendem que o seu novo discurso foi “contaminado” por um viés teórico ligado aos esquemas autorreferenciais de sociedades sem centro (teorias sistêmicas); outros entendem tratar-se de uma influência de uma espécie de antimodernismo político no pensamento de Canotilho e, por fim, há ainda aqueles que buscam relacionar a “perda da fé” no dirigismo a uma aproximação à “religião pós-moderna”.

Para Canotilho, quando ele afirma que “a constituição morreu”, está se referindo somente à constituição metanarrativa, ou seja, àquela que pregava uma transição para uma sociedade sem distinção de classes. Isso ocorre porque, no atual contexto de uma sociedade técnica, perde força a metanarratividade de convivência e transformação social. Nesse sentido, explica que

as alavancas de Arquimedes deslocam o centro de apoio para esta mesma técnica, relegando a Constituição, deslegitimada como metanarração, para um simples esquema protocolar de procedimentos e organizações. A tecnopolítica assume a fundamentalidade perdida pela Constituição (2003, p. 10)

Já contra os ataques que afirmam que a sua nova formulação teórica do dirigismo constitucional estaria associada ao movimento do antimodernismo político, Canotilho esclarece que a situação é exatamente a inversa. Isso porque mantém o viés humanista – e, portanto, moderno – da sua compreensão do Estado constitucional, negando, assim, a ótica vitalista do poder. Logo, Canotilho continua defendendo a importância do direito constitucional na elaboração de instrumentos democráticos capazes de impedir a subversão da dignidade humana e a transformação do homem em simples objeto do poder.

Sobre a terceira crítica, ou seja, a de que teria sofrido influência da teoria sistêmica – de Niklas Luhmann e Gunther Teubner –, Canotilho reconhece que algumas análises dessa matriz teórica realmente atingiram os fundamentos teóricos do dirigismo constitucional, que ele considera moderno, humanista e normativista. Afinal, se – como afirma a teoria autopoiética – a sociedade não dispõe de centro ou topo hierárquico, perderia sentido falar em supraordenação estatal ou direção política. Logo, “se a Constituição dirigente ainda se apoia no Estado e se a direção política estatal constitucionalmente conformada pretende irradiar

uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição.”.

para os chamados subsistemas [...] é fácil de ver que ela não terá aceitação ou cabimento na teoria sistêmica” (CANOTILHO, 2003, p. 17). Como resultado, o direito constitucional, na nova percepção de Canotilho, passou de disciplina dirigente para disciplina dirigida. Mas, em sendo assim, como diferenciar esse posicionamento das próprias correntes autopoiéticas? A resposta, segundo o jurista português, é de que ele continua a defender o que denomina “teorias acionalistas” da política e da possibilidade de direção do Estado, ou seja, ao invés de considerar a possibilidade do desaparecimento do sujeito, Canotilho aposta mais na sua transformação, passando a atuar em novas instâncias sociais para além do Estado.

Em suma, o desencanto de Canotilho demonstra uma certa decepção em relação a sua tese inicial, uma vez que ela acabou levando à interpretação de que a constituição seria uma “bíblia de promessas” majoritariamente não cumpridas. No entanto, esse desencanto é apenas “aparente”, ou seja, a nova postura de Canotilho não pode significar o fim da programaticidade dos direitos fundamentais contidos na constituição, especialmente em face dos intensos processos de desconstitucionalização patrocinados pelos influxos neoliberais e globalizantes.

3 CRISE DO ESTADO, DA DEMOCRACIA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

3.1 O JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO DE REFLEXIVIDADE E DE GARANTIA CONTRA O ATIVISMO JUDICIAL

Duas perspectivas teóricas, ainda que bem diversas, demonstram a relação e importância do Judiciário para a democracia constitucional. De um lado, tem-se a análise do papel desse poder como instituição de reflexividade da democracia, conforme elaborado por Pierre Rosanvallon. Por outro, tem-se a divisão entre instituições de governo e instituições de garantia, feita por Luigi Ferrajoli, que coloca o Judiciário como essencial para a concretização dos direitos fundamentais. Embora de matrizes teóricas distantes, ambos os juristas ressaltam a imprescindibilidade da ação constitucionalmente legitimada do Poder Judiciário para a manutenção da democracia constitucional. No entanto, eles também demonstram que existem limites para a ação do Judiciário. Ou seja, apesar de reconhecerem a importância daquele poder no contexto de judicialização da política das democracias constitucionais, ambos negam a possibilidade de ativismo judicial e, por isso, serão analisados brevemente.

Pierre Rosanvallon (2010, p. 29) desenha um modelo de democracia bastante peculiar. Para o referido autor, paralelamente ao crescimento numérico e de atribuições das

cortes constitucionais, ocorreu um enfraquecimento do sistema de dupla legitimidade democrática – substancial e procedimental – nas duas últimas décadas do século XX. O traço mais importante desse fenômeno é a reformulação das formas de expressão da vontade majoritária.

Como consequência dessas mudanças e da descentralização das democracias, Rosanvallon propõe a subdivisão da legitimidade em três enfoques: legitimidade da imparcialidade; legitimidade da reflexividade e legitimidade da proximidade. Nesse paradigma teórico, a jurisdição constitucional adquire a função de “enmarcar la producción legislativa sometiendo a una fortalecida obligación de generalidad con relación a la expresión mayoritaria” (ROSANVALLON, 2010, p. 29). A legitimidade dos órgãos de jurisdição constitucional vinculam-se, assim, ao grau de reflexividade que caracteriza a sua intervenção.

Como superação da ideia de que a democracia significa apenas o sufrágio universal e o desenvolvimento da representatividade direta, surgiram novas instituições no cenário democrático. Entre elas, afirma Rosanvallon (2010, p. 191), o Poder Judiciário – simbolizados pelas cortes constitucionais – passou a adquirir um papel cada vez mais ativo na construção da democracia na medida em que assumiu a posição de “[...] vectores esenciales del trabajo de reflexividade ahora más ampliamente em marcha”. Com isso, ainda que as manifestações do constitucionalismo democrático ao redor do mundo sejam muito distintas, é possível afirmar, segundo Rosanvallon, que as cortes constitucionais estão no centro da vida democrática contemporânea e impulsionam um movimento de ressurreição da noção de constituição.

No entanto, esse vetor contramajoritário simbolizado pelo Judiciário adquire significação especial a partir da concepção democrático-reflexiva do controle de constitucionalidade, porque passa a ter como tarefa secundária o aumento indireto do poder do cidadão sobre as instituições estatais. Como resultado, essa perspectiva entende que a revisão judicial das leis é um verdadeiro poder popular de resistência contra a opressão do governo, ou seja, o Judiciário passa a ser considerado não apenas como um dos poderes do Estado, mas como legítimo mecanismo de transferência do poder estatal para o povo.

Por esse motivo, Rosanvallon considera que as cortes constitucionais são “terceiros reflexivos” que possuem como função principal a representação social e política, colocando em prática importantes modificações na relação entre direito – via controle de constitucionalidade – e democracia – simbolizada pelo princípio majoritário. Logo, “es una tarea que corresponde muy particularmente a las Cortes constitucionales, porque ellas tienen como función esencial recordar que el soberano no se reduce a su expresión electoral

mayoritaria, que siempre excede esta definición.” (ROSANVALLON, 2010, p. 195). Assim, nessa perspectiva teórica, ao Judiciário cumpre não apenas as tarefas de julgar ou censurar atos dos outros poderes contrários ao texto constitucional, mas também a de possibilitar o enriquecimento da deliberação democrática e viabilizar o fortalecimento do conjunto social.

Além disso, para a concepção democrático-reflexiva, o Judiciário, ao ser uma instância de discussão mediada por um terceiro “não interessado”, cumpre o papel de “ativar a memória coletiva” e vigiar a memória dos valores fundamentais da democracia, tarefa que já constava na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Serve, assim, como instituição de resistência contra a tirania das majorias eventuais, ainda que estas tenham sido escolhidas por interesses imediatistas dos eleitores. Se as decisões do Executivo e do Legislativo inserem-se num lapso temporal relativamente curto – correspondem, geralmente, aos intervalos entre eleições ou paixões momentâneas inseridas na opinião pública pela mídia –, ao Judiciário, em tempos de direito constitucional forte, cabe a função de inserir uma temporalidade maior nas tomadas de decisões.

O autor francês ressalva que tanto o Legislativo quanto o Judiciário somente podem ser concebidos como partícipes de uma cena mais complexa e ampla de organização pluralista das temporalidades da expressão democrática. Assim, não podem ser entendidos de maneira autônoma, mas somente dentro das tensões das relações com outros sistemas e forças sociais. O direito constitucional, nesse sentido, tem como função principal proporcionar a abertura do diálogo futuro contra as vinculações das majorias eventuais no presente. Por isso, Rosanvallon (2010, p. 199) defende que os membros do judiciário devem ser “vigilantes ativos” capazes de garantir a manutenção do processo democrático, de maneira que “[...] la reflexividad se encuentra identificada, pues, con una empresa de lucidez, con un recuerdo de las realidades”.

A democracia como reflexividade deliberativa reduz as distâncias entre a democracia formal – ou seja, procedimento – e democracia substancial – como conteúdo –, permitindo corrigir algumas das falhas do sistema democrático original. Vale lembrar, contudo, que o próprio Rosanvallon argumenta que a reflexividade deve ser uma atribuição presente em todos os atores sociais, não apenas nos tribunais constitucionais. Ainda que o Judiciário tenham essa função, ele não o monopólio da reflexividade.

Partindo de uma matriz teórica diametralmente diversa, o jurista italiano Luigi Ferrajoli (2008, p. 106) também defende a importância do papel do Judiciário através da distinção entre funções de governo e funções de garantia. Para Ferrajoli, o Estado não é um ente unitário, visto que composto pelas instituições de garantia e pelas instituições de

governo. Em virtude da sua legitimação política representativa, as instituições de governo possuem certa flexibilidade e discricionariedade, não estando rigidamente vinculadas à lei – o que, por óbvio, não diminui seu vínculo aos direitos fundamentais – e, nesse sentido, confundem-se com a esfera do decidível, ou seja, com tudo aquilo que pode ser deliberado pela maioria. Por outro lado, as instituições de garantia são legitimadas em virtude do seu vínculo com a aplicação substancial da lei na tutela dos direitos fundamentais. Assim, constituem aquela esfera do indecidível, da qual fala Ferrajoli, o que impossibilita que sejam fundamentadas na representação política, uma vez que tal situação resultaria na tirania das maiorias eventuais.

Assim, se a lei – ou, especialmente, a constituição –, é a fonte de legitimação democrática do Judiciário para garantir o respeito aos direitos fundamentais – esfera do indecidível – de que maneira poderiam esses poderes – como ocorre muitas vezes no Brasil – ultrapassar os limites daquilo que o texto da constituição estabelece? Em rápida resposta: não podem. É por isso que, junto com juristas brasileiros, Luigi Ferrajoli critica as posições teóricas neoconstitucionalistas por entende-las como uma fábrica de princípios cuja ponderação só pode resultar no enfraquecimento da autonomia do direito constitucional e, como consequência, na fragilização do próprio Estado (FERRAJOLI, 2012, p. 13-56).

Em síntese, é possível afirmar que, embora os dois teóricos mencionados tenham uma apreciação positiva a respeito do papel do Judiciário na construção da democracia constitucional – ou seja, a judicialização da política –, nenhum deles, por óbvio, aceita a conversão desse poder constituído em poder constituinte – situação que ocorre como consequência do ativismo judicial. Nas linhas daquilo que André Karam Trindade (2012, p. 95-132) demonstra, o garantismo de Ferrajoli não é compatível com o ativismo judicial, de modo que é impossível que os juízes criem direito. Na perspectiva garantista, as decisões do Judiciário também são condicionadas a uma série de exigências, de modo que, embora reconheça a importância do Judiciário no jogo democrático, o garantismo impossibilita que os juízes “digam qualquer coisa sobre qualquer coisa”.

3.2 CRISE DE LEGITIMIDADE POLÍTICA E JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

Em virtude do normativismo e da sua pretensão de fornecer respostas adequadas aos problemas sociais relacionados à insegurança e à indeterminação do modelo jusnaturalista, a modernidade produziu uma concepção forte de Estado. No entanto, parece ocorrer, na atualidade, um fenômeno inverso, de desconstrução e fragilização da esfera estatal, processo

geralmente associado às interferências das forças econômicas. Como resposta social, essa fragilização intensifica o fenômeno da litigiosidade de modo a resgatar o compromisso do Estado democrático de direito. Assim, os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. Este traço do comportamento das sociedades contemporâneas acaba resultando naquilo que alguns chamam de “judicialização das relações sociais”, traduzida na “crescente invasão do direito na organização da vida social” (BARGOS et al, 1999, p. 149). Além disso, a própria natureza dos regimes democráticos tendem a acentuar a conflituosidade social, uma vez que o poder passa a ser mais distribuído e menos centralizado, garantindo, assim, a existência de um maior espaço para o surgimento de conflitos que, em virtude da crise de legitimidade da política, são encaminhados para o Judiciário.

Além disso, a judicialização da vida está associada a um conjunto de diversos fenômenos que fragilizam outros âmbitos do poder estatal e amplificam a sua crise. Para C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995, p. 194-200), existem diversos motivos políticos capazes de justificar o aumento da judicialização da vida, sendo os principais:

a) a transformação do modo de compreensão da democracia como “vontade da maioria”, adicionando-se a importância do poder contramajoritário, que acaba tendo o Judiciário como seu representante;

b) a afirmação da separação dos poderes, que facilitou a judicialização;

c) a não implementação de políticas públicas, ainda que exista um amplo rol de direitos assegurados constitucionalmente;

d) a atuação de certos grupos de interesse ao utilizar a jurisdição como meio de expandir os direitos garantidos, pleiteando a inclusão de outros não afirmados na constituição;

e) o fortalecimento do controle de constitucionalidade, que, muitas vezes, aparece amplamente vinculado com o sistema político, no sentido de que acabou sendo utilizado pela oposição parlamentar para barrar as iniciativas do Executivo;

f) a inefetividade das instituições majoritárias, fazendo-se referência tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte deste, o que representa um problema na condução da administração;

g) a delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, criando-se, assim, uma situação de conveniência, em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou administrador), ao invés de definir lei que proíbe (ou permita) certas questões de grande divergência social, atribui-se tal função aos juízes e

tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores.

Esses fatores, tomados em conjunto, são, simultaneamente, causa e consequência da “crise do Estado”. Em virtude dos problemas sociais, busca-se o Judiciário para, de qualquer maneira, garantir a concretização das promessas não cumpridas. No entanto, ao avançar para além das suas atribuições⁵, o Judiciário enfraquece toda a estrutura da democracia constitucional e, portanto, do próprio Estado, o que contribui para a sua crise.

O tema da “crise do Estado” certamente remonta ao surgimento do próprio Estado. Conforme a lição de Jose Luis Bolzan de Moraes, os paradigmas orientadores dessa construção teórica moderna vêm sendo desconstruído, aos poucos, por incompatibilidade com os interesses políticos, sociais e econômicos dominantes. Para realizar a análise desse fenômeno, o referido autor divide a crise estatal em cinco subcrises: conceitual, estrutural, constitucional, política e funcional, sendo que apenas esta última será analisada no decorrer deste texto, em virtude de dialogar diretamente com os limites do papel do Judiciário no constitucionalismo democrático.

A crise funcional está relacionada à perda de centralidade e exclusividade do Estado no exercício do poder, especialmente em decorrência da multiplicação dos *loci* de tomada de decisões legislativas, executivas ou jurisdicionais. Embora a fragilização por forças externas seja comumente associada à crise funcional, também é essencial verificar essa desconstrução interna, que ocorre em virtude das

[...] transformações que se observam nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra ou, em decorrência mesmo da fragilização das funções de governo e sua incapacidade de realizar as promessas contidas no projeto constitucional fazem crescer e se transformar o papel da função de garantia, constituindo-a como ambiente de disputa e busca de satisfação de interesses individuais e coletivos (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 58)

Fica claro, nesse sentido que, ao assumir um papel que não é seu, o Judiciário contribui para a desestruturação interna daquilo que, paradoxalmente, lhe confere fundamento. Nesse sentido, Jose Luis Bolzan de Moraes (2011, p. 60) fala da sacralização da jurisdição constitucional como uma consequência inevitável de um Estado que não cumpre as

⁵ Veja-se, como exemplo disso, as críticas de Lenio Luiz Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira à pretensa “mutação constitucional” que o Supremo Tribunal Federal tenta realizar na Reclamação 4335-5/AC. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas**, v. 10, n. 20, p. 37-57, 2005.

suas promessas de bem-estar. No conflito entre a democracia – includente – e o capitalismo – excludente –, sobram promessas de direitos fundamentais que, ignorados pelas instituições de governo, acabam por cair no Judiciário, uma instituição de garantia por excelência.

Nesse sentido, Ran Hirschl (2008, p. 93-118) demonstra como as cortes passaram a ser palco para a “mega política”, ou seja, como foram transformadas em uma parte crucial da elaboração de políticas públicas extremamente relevantes, num claro desvio da sua função de garantia. Dessarte, o referido autor vai demonstrar que

Adjudicating such matters is an inherently and substantively political exercise that extends beyond the application of rights provisions or basic procedural justice norms. Judicialization of this type involves instances where a nation’s courts decide its watershed political issues—even those not directly addressed by its constitution—despite the obvious recognition of the very high political stakes for the nation. It is precisely these instances of the judicialization of core political issues that make the democratic credentials of judicial review most questionable (HIRSCHL, 2008, p. 99).

Como resultado dessa crise, é possível questionar as possibilidades de construção de uma teoria do Estado nesse cenário de “perda de fé” nas instituições de governo – veja-se, por exemplo, o fenômeno do presidencialismo de coalizão – e a crença nada realista no Judiciário como remédio para todos os males que afligem a sociedade.

No entanto, uma perspectiva interessante sobre as possibilidades de construção de uma teoria do Estado no contexto de fragmentação política e esvaziamento do papel dos poderes Legislativo e Executivo é trazida por Gilberto Bercovici (2006, p. 81-100). Se, anteriormente, o partido político era o grande ator da democracia constitucional, ou seja, responsável pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais inscritos nas constituições, essa situação está bastante modificada no mundo atual. O Poder Judiciário passou a assumir, nesta quadra da história, a função de protagonista do debate e das práticas constitucionais, sendo amplamente aceitos como responsáveis pela concretização da constituição.

Com a transformação das relações entre a constituição – ou seja, o direito –, a política e o Estado, são fortalecidos ainda mais os discursos que pregam a crise do Estado⁶. Adicione-se a isto a contestação da unidade estatal pelas teorias de matriz sistêmica, que transferem o lugar da política para os grupos sociais e que reduzem o papel do Estado a um simples aparato burocrático, com pouca ou nenhuma importância para a formação de uma unidade política (MARRAMAIO, 2000). No entanto, com Bercovici, é possível – e necessário

⁶ A expressão ficou famosa a partir da análise da crise fiscal do Estado feita por James O’Connor em 1973. No entanto, para O’Connor (1973), a crise do Estado não teria como fim a desregulamentação da vida ou o fim dos direitos fundamentais, mas uma mudança para o sistema socialista.

– afirmar que, para compreender as relações entre Estado, política, economia e direito e para garantir a prevalência da democracia sobre os poderes selvagens do mercado, é imprescindível o desenvolvimento de uma teoria do Estado.

3.3 A RESPOSTA DO SISTEMA CONTRA O ATIVISMO JUDICIAL: O EXEMPLO DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33/2011

Como visto anteriormente, Jose Luis Bolzan de Moraes utiliza a expressão “sacralização” da jurisdição constitucional. Por acaso ou por profecia, essa terminologia é bastante adequada para discutir o impasse jurídico nacional criado pela proposta de emenda à constituição nº 33/2011, a qual

altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.⁷

Como é possível ver no cenário jurídico nacional, criou-se um imaginário de que o Judiciário deve ser blindado contra quaisquer interferências democráticas, de modo que, geralmente, os juristas brasileiros – sim, até mesmo aqueles que denunciam os excessos da jurisdição constitucional – criticam a já cambaleante proposta. É de se deixar claro que, na realidade, os argumentos utilizados pelo deputado Nazareno Fonteles, criador do projeto, são muito frágeis do ponto de vista da teoria do direito. No entanto, isso não tira a importância do debate sobre os temas levantados nem sobre o valor simbólico das reações que os juristas tiveram contra a proposta.

Dentro do cenário de uma crise funcional interna do Estado, nos moldes mencionados anteriormente, a PEC 33 é apenas uma resposta do sistema aos excessos do Judiciário – e, aqui, vale ressaltar aquela distinção já feita entre judicialização da política e ativismo judicial. O espanto deve-se, em parte, à ideia de que o Judiciário não pode ser controlado por nenhum outro poder da república. Talvez isso seja decorrente de uma “admiração cega” que os juristas nutrem pelo Judiciário – mesmo aqueles que o criticam – ou, por outro lado, pela semelhança estrutural e simbólica entre Poder Judiciário e instituições monárquicas absolutistas – ou seja, inquestionáveis.

⁷ Uma versão provisória do texto está disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAI2011.pdf>, p. 2612. Acesso em 15 jan. 2014.

No entanto, um dos textos mais sóbrios sobre esse assunto, elaborado por Gilberto Bercovici e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2013), demonstra os motivos pelos quais o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal não apenas podem, mas devem ser controlados e que não existe nenhum motivo jurídico ou democrático para evitar a possibilidade de se questionar os limites do Judiciário. Se, conforme os referidos autores, a democracia é conflito, a maturidade de um regime democrático pode ser aferida pela capacidade que o seu sistemas constitucional, jurídico e político têm para resolver esses conflitos, sempre dentro dos limites da democracia.

Dentro da democracia constitucional, nenhum poder constituído está imune ao debate dos seus limites e ao controle. A disfunção gerada pelo ativismo judicial, que atribui funções de governo às instituições de garantia, exige o debate a respeito da possibilidade de controle democrático do Judiciário – cuja legitimidade, vale lembrar, deriva da constituição – por parte do Legislativo – legitimado diretamente pelo povo. Afinal, Norberto Bobbio (2000) já afirmava que a soberania reside no Poder Legislativo. Considerar que o Judiciário é imune aos questionamentos e conflitos típicos do regime democrático é convertê-lo de poder constituído a poder constituinte.

O problema é que, ao impossibilitar o questionamento dos limites do Judiciário e considerá-lo senhor do conceito de constituição, caminha-se mais em direção às monarquias absolutistas do que ao constitucionalismo democrático. Ao invés de um rei soberano, teríamos – e, de certa maneira, já temos – um presidente do Supremo Tribunal Federal onipotente, cujas decisões não podem ser questionadas.

O pânico causado nos detentores do poder pela possibilidade de participação direta do povo na tomada de decisões políticas parece se repetir na verdadeira ojeriza que grande parte da doutrina brasileira tem em relação à previsão de participação popular direta proposta pela PEC 33. Dessarte, com Bercovici e Lima, parece ser imprescindível lembrar o papel do Poder Judiciário na república, ou seja, como instituição de garantia, inserida nos conflitos democráticos e limitada pela constituição e pelo povo soberano. Isso é essencial para que seja possível fugir daquela juristocracia da qual nos fala Ran Hirschl.

Os direitos e garantias fundamentais não podem ficar a mercê das tentações autoritárias persistentes no Poder Judiciário. Em um regime democrático não existe nenhum momento em que a vontade de determinado agente público possa cancelar ou suspender a aplicação do direito. Todos os agentes públicos devem estar sujeitos aos controles estabelecidos constitucionalmente. Assim, a autonomia institucional, conferida ao Poder

Judiciário, não pode ser confundida com privilégios setoriais que tornariam inquestionáveis seus próprios atos.

Embora esta PEC seja absolutamente questionável e deva a ser colocada sob discussão, o que se pretende destacar neste artigo é o modo como a comunidade jurídica reagiu (e reage) diante de uma proposta de controle do Judiciário, e não tomar um posicionamento acerca da proposta, o que ensejaria texto específico com tal intento. Dentro de um regime democrático, de poderes constituídos horizontalmente, a adequada reação seria a proposta de uma ampla discussão sobre os limites de atuação do Judiciário. Mesmo que o controle político não seja a melhor saída, ainda que os argumentos desta PEC sejam frágeis, sua existência revela a crise do sistema jurídico, caracterizada pela supremacia do Judiciário.

3.4 O JUDICIÁRIO E OS REFLEXOS DO PENSAMENTO ESTAMENTAL⁸

Conforme analisado, o desvio resultante do ativismo judicial contribui para o esvaziamento do princípio republicano de qualquer sentido prático. A função pública exercida pelo Judiciário não deve ser confundida com um objeto de dominação individual. Dessarte, Fábio Konder Comparato (2005, p. 101) afirma que, “a essência do regime político republicano encontra-se, pois, na distinção entre o interesse próprio de cada um em particular e o bem comum de todos, com a exigência de que este se sobreponha sempre àquele”. Qualquer afirmação em sentido contrário será sempre uma manifestação arbitrária do poder, fazendo com que tudo dependa da vontade autoritária daqueles que instrumentalizam o cargo público para o seu próprio benefício. Por isso, no Estado democrático de direito a atuação das instituições deve ser pautada, necessariamente, pelo princípio republicano, impedindo que qualquer agente público pertencente ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário possa se sobrepor ao direito.

Dentre os três tipos de dominação do modelo weberiano, a autoridade racional-legal deve ser aquela que caracteriza o Estado democrático de direito. Diferentemente da dominação estamental, a autoridade racional-legal aposta na separação, tanto física como jurídica, das esferas pública e privada. E isso deve ser visível na organização moderna do serviço público, ao separar da atividade oficial do domicílio particular do funcionário. No domínio racional-legal a base de legitimidade de qualquer autoridade está inserida em um

⁸ Para um aprofundamento sobre o tema, remete-se ao texto de Danilo Lima (2013).

sistema coerente de regras abstratas. Dessa maneira, o que deve predominar no âmbito de qualquer atividade pública – incluindo o Poder Judiciário – é sempre a impessoalidade, fazendo com que tanto aqueles que proferem ordens como os que as cumprem estejam subordinados a supremacia constitucional (KRONMAN, 2009, p. 69-72).

No entanto, o predomínio de relações estamentais no Poder Judiciário ajuda a subverter a ordem republicana, fazendo com que os interesses privados de uma elite política que comanda o país se sobreponham ao próprio direito (O'DONNELL, 1998, p. 41). A permanência de todos esses problemas prejudica a institucionalização do regime democrático, principalmente porque, atualmente, o Poder Judiciário ocupa um papel de maior predominância institucional frente à atuação dos demais poderes, o que deveria fazê-lo zelar com maior cuidado pela supremacia constitucional. Em um período recente da história do Brasil, anterior à promulgação da constituição de 1988, o Judiciário tinha quase nula no cenário político nacional. O regime ditatorial de 1964 as demais ditaduras que haviam lhe antecedido impediram a atuação do Judiciário. Com a redemocratização, o direito assumiu novas tarefas, transferindo para o Judiciário a primazia na defesa e concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. No entanto, em um Judiciário onde as relações estamentais ainda são predominantes existem grandes dificuldades para que a autonomia do direito seja resguardada.

Segundo Marcelo Neves, a experiência brasileira foi marcada por sucessivas tentativas de instrumentalização política, econômica e relacional dos mecanismos jurídicos, o que vai em sentido oposto à autonomia do direito (NEVES, 2008, p. 246). Foi para oferecer maior proteção ao direito que o Poder Judiciário assumiu um papel mais relevante nas relações interinstitucionais estabelecidas pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra. Entretanto, se o exercício do poder decisório se transforma em um mero instrumento nas mãos daqueles que têm a função pública de julgar, mais uma vez o direito é fragilizado por elementos externos que ajudam a sacrificar a democracia. E isso é uma situação grave, pois reforça a violação e a ineficácia das conquistas constitucionais que marcam o constitucionalismo democrático.

Essa estrutura estamental do Poder Judiciário compromete a visão de que o Poder Judiciário possa funcionar como depositário das expectativas de realização constitucional⁹. As

⁹ Cumpre salientar, para fins elucidativos, que, segundo Martonio Lima (2005, p. 258-259), “[...] a ausência de uma cultura democrática no Poder Judiciário se faz sentir no seu funcionamento, que envolve, em última análise, a simbologia que o próprio Poder tem de si mesmo, perante a sociedade. [...] Ora, os membros do Poder

relações estamentais impedem que o direito se sobreponha ao poder político. Isso acaba submetendo a constituição às vontades dos que vestem a toga. Portanto, o fortalecimento institucional do Poder Judiciário visa a assegurar e a realizar as conquistas constitucionais e não a uma transferência do poder arbitrário – que antes estava concentrado principalmente no Poder Executivo – para as mãos dos juízes. Nesse sentido, para se pensar uma atuação do Judiciário compatível com o Estado democrático de direito, é necessário superar a postura estamental presente na sua estrutura, submetendo seus atos à supremacia constitucional.

3.5 RAN HIRSCHL E A JURISTOCRACIA COMO REGIME POLÍTICO

A expansão do Poder Judiciário em virtude da judicialização da política ou do ativismo judicial, embora tenha sido acentuada no Brasil após a constituição de 1988, não é novidade nos debates político-jurídicos, existindo desde a implementação do *judicial review* nos EUA já no ano de 1803 (TATE; VALLINDER, 1995). No entanto, as maiores mudanças do direito ocorreram no período posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial, uma vez que se buscou criar fundamentos jurídicos para novos instrumentos capazes de prevenir a repetição das atrocidades daquela época. Ran Hirschl (2004, p. 6) afirma que

In numerous countries around the world, fundamental constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries, whether domestic or supra-national. One of the most significant effects of this trend has been the transformation of courts worldwide into major political decision-making bodies and a corresponding judicialization of ‘mega’ politics.

Para o referido autor, as cortes constitucionais tornaram-se cruciais na resolução das questões mais fundamentais que a democracia política pode contemplar. Essa tendência global de juristocracia passa a ser uma das mais significantes tendências globais no desenvolvimento dos governos no final do século XX e início do século XXI. Isso é válido tanto para o bicentenário modelo norte americano de *judicial review* quanto para as

Judiciário se constituem num dos setores mais bem remunerados da burocracia brasileira, tais quais as carreiras jurídicas, em detrimento de outros profissionais que são igualmente importantes à prestação dos serviços por parte do Estado. Nessa mesma linha de análise, observa-se, ainda, a firme permanência de pontos inteiramente antirrepublicanos, como o nepotismo, que se manifesta em quase todas as cortes do Brasil e secretarias judiciárias. [...] Para além de representar a comprovação da extensão do privado ao público, a existência acintosa do nepotismo, do apadrinhamento, denuncia que grande parte dos membros do Poder Judiciário não se sente incomodada com tal fato. Eis aqui presente o elemento que lhe comprova a distância dos pressupostos de uma cultura democrática”.

democracias constitucionais mais novas, cujos procedimentos de revisão judicial das leis possuem apenas poucas décadas¹⁰.

Por considerar que tudo é político, Hirschl critica a falta de visão dos teóricos constitucionalistas ao estudar exclusivamente o papel das cortes para o direito constitucional. Por conta disso, a grande maioria da doutrina – sobretudo nos EUA – ignora as instituições importantes e as condições políticas nas quais a *judicial review* está inserida¹¹. Ignoram, assim, questões fundamentais, tais como a origem do poder judicial e quais as condições políticas para sua manutenção e expansão.

Logo, o problema não está necessariamente associado aos juízes e cortes constitucionais, uma vez que estas, como qualquer outra instituição política, não operam em um “vácuo” institucional e ideológico. A crescente expansão do Poder Judiciário não deve ser entendida como um fenômeno separado das lutas sociais, políticas e econômicas que dão forma ao sistema político, mas, muito pelo contrário, ou seja, essa expansão é decorrente dessas lutas.

A expansão da juristocracia, nesse sentido, serve aos interesses dos atores políticos proeminentes – ainda que, *prima facie*, a limitação da flexibilidade política do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário pareça contrária aos interesses daqueles dois poderes. Ao transferir a responsabilidade de elaboração de decisões políticas para o Judiciário, reduz-se os riscos e responsabilidades daqueles que estão sujeitos à maior *accountability* democrática – os eleitos pelo voto direto. Especialmente em se tratando de casos controversos – veja-se, por exemplo, os debates sobre o aborto de feto anencefálico e a união civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil – a juristocracia representa um ganho para os representantes políticos, que sofreriam fortes abalos políticos caso debatessem esses temas polêmicos.

¹⁰ Nesse sentido, Hirschl (2004, p. 6-7) afirma que “during the past few years alone, constitutional courts in over twenty countries have been called upon to determine the political future of prominent political leaders through impeachment or disqualification trials. The Philippines’ president Estrada, Indonesia’s president Wahid, Thailand’s Prime Minister Thaksin, Pakistan’s prime ministers Benazir Bhutto and Nawaz Sharif, Peru’s president Fujimori, and Russia’s president Boris Yeltsin, to name but a few examples, have all had their political fate determined by courts. Even the fate of political regimes in the exotic island nations of Fiji, Madagascar, and Trinidad and Tobago has been determined by judicial tribunals”.

¹¹ Sobre esse tema, Hirschl (2004, p. 7-8) faz uma dura crítica a Ronald Dworkin. Para ele, “None of Ronald Dworkin’s six books on constitutionalism, for example, refer to any of these fundamental questions or even cite any secondary sources dealing with the origins and consequences of constitutionalization and judicial review. Indeed, this is a near perfect illustration of a ‘don’t let the facts ruin your theory’ approach, as my father used to say. And Dworkin – arguably the most prominent contemporary constitutional theorist – is certainly not alone in this boat.”

A partir dessa lógica, a transferência das decisões políticas essenciais para o Poder Judiciário pode ser uma opção bastante atrativa para as – cada vez mais ameaçadas – elites políticas que buscam manter sua influência afastada das vicissitudes da política democrática. Não é por outro motivo que, para Hirschl, a revisão judicial das leis em muitos regimes que se afirmam “neoconstitucionalistas” resulta de ações tomadas por grupos sociopolíticos hegemônicos que temem perder o controle sobre o poder político. Nesse sentido, o referido autor afirma que as elites e seus representantes tendem a transferir o poder para o Judiciário quando: a) encontram prejuízos estratégicos para aderir aos processos majoritários de tomada de decisão ou quando suas visões de mundo e preferências políticas são desafiadas na arena democrática; b) quando o Judiciário, nesse contexto, desfruta de uma reputação melhor que a das outras instituições democráticas em virtude de sua suposta imparcialidade, retidão e profissionalismo e c) quando as elites sociopolíticas que delegam poder para as cortes possuem maior controle do ensino jurídico e das indicações dos membros das cortes.

Em síntese: o aumento do poder do Judiciário não seria possível sem a aceitação, ainda que tácita, dos grupos políticos dominantes. É possível afirmar, com Hirschl, que acreditar que os juízes e cortes constitucionais sejam os maiores culpados pela expansão do Poder Judiciário é simplificar de maneira ingênua um fenômeno tão complexo e tão interligado com diversos fatores sociais, políticos e econômicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi demonstrar como a transferência da tensão democrática para o Poder Judiciário, especialmente em virtude das constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial, não pode ser confundida com ativismo judicial. Este, como poder constituído, deve ser limitado por aquilo que o constitui sob pena de fragilizar ainda mais a democracia constitucional e o Estado a ela associado.

A abertura simbolizada pelo constitucionalismo democrático através dos direitos fundamentais, possibilitou que todos os poderes da república – e não somente o Judiciário – se tornassem vinculados ao ideal de vida social em comum inscrito naquelas cartas políticas. Nesse sentido, embora seja nítida a importância que o Judiciário adquiriu com as constituições democráticas, é impossível negar que, especialmente na atualidade, ele extrapola os seus limites de ação. É por isso que se buscou diferenciar a judicialização da política – consequência óbvia desse desvio da tensão no sentido do Poder Judiciário – do ativismo judicial – como interferência indevida daquele poder.

Conforme exposto, a existência de questionamentos a respeito da possibilidade de dirigismo constitucional no cenário contemporâneo não pode significar o esvaziamento/fim da programaticidade dos direitos fundamentais contidos na constituição, especialmente em face dos intensos processos de desconstitucionalização patrocinados pelos influxos neoliberais e globalizantes.

Os exemplos das posturas teóricas de Pierre Rosanvallon – judiciário como instituição de reflexividade – e Luigi Ferrajoli – Judiciário como instituição de garantia – serviram para demonstrar que, embora ambos tenham uma apreciação positiva a respeito do papel do Judiciário na construção da democracia constitucional – ou seja, entendem positivamente a judicialização da política –, nenhum deles, obviamente, aceita a conversão desse poder constituído em poder constituinte – situação que ocorre como consequência do ativismo judicial.

Esse ativismo resulta numa desfuncionalidade do Poder Judiciário, que será caracterizada como um elemento desestabilizador interno ao próprio Estado e que contribui para a sua crise funcional, nos moldes propostos por Jose Luis Bolzan de Moraes. Nesse sentido, buscou-se demonstrar a possibilidade de que isso transforme as democracias em juristocracias, conforme elaboração de Ran Hirschl.

Por fim, buscou-se criticar como o sistema político respondeu, através da PEC 33/2011, aos excessos do Judiciário. Muito além de discutir o mérito da proposta, buscou-se verificar a força simbólica das respostas dadas pelos juristas. O Poder Judiciário, assim como qualquer poder da república, não está imune aos questionamentos democráticos sobre os limites de sua ação. Dessa maneira, ainda que não seja possível concordar com um controle externo do Judiciário, é impossível negar o caráter democrático do conflito que surge da proposta. Ao contrário do que grande parte da doutrina apregoa – especialmente em virtude da estrutura absolutista que reveste o Judiciário –, ele pode – e deve – ter seus limites questionados.

REFERÊNCIAS

BARGOS, Marcelo; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; VIANNA, Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, vol. 1, n. 6, p. 149-162. 2008.

_____. As possibilidades de uma Teoria do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 49, p. 81-100, Jul.-Dez. 2006.

_____; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Separação dos poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011**. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/bercovici-e-barreto-lima.html>>. Acesso em: 21 set. 2013.

BOBBIO, Norberto: **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. SP: Mandarim, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **A subjetividade do tempo**: Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição. **Revista Interesse Público**, v. 5, n. 17, jan/fev de 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrimo o espírito republicano. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, 2005.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e Declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: _____ *et al* (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e**

(neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56

_____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoria del diritto e della democrazia. Bari: Laterza, 2007a. 3v.

HIRSCHL, Ran. “Juristocracy” – Political, not Juridical. **The good society**, Pennsylvania, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. DOI: 10.1353/gso. 2005.0020

_____. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. **The annual review of political science**, v. 11, p. 93-118, June 2008. DOI: 10.1146/annurev. polisci. 11.053006.183906.

KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LIMA, Danilo Pereira. **O Poder Judiciário e a autonomia do direito**: os entraves ao controle do poder político numa sociedade estamental. 25 mar. 2013. 131 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 25 mar. 2013.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Democracia no Poder Judiciário. **Revista de Direito e Liberdade**. Natal, v. 1, n. 1, 2005, p. 258-259.

MARRAMAIO, Giacomo. **Dopo il Leviatano**: Individuo e Comunità. Torino: Bollati Boringhieri, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

O’CONNOR, James. **The Fiscal Crisis of the State**. New York: St Martin’s Press, 1973.

O’DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. **Novos Estudos**. São Paulo: Cebrap, n. 51, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle

difuso. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas**, v. 10, n. 20, p. 37-57, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. A constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (law and economics). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?** Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 15-34. 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad y proximidad.** Tradução de Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs). **The global expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi *et al* (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-132.