

# O MAL-ESTAR DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES SOB A HEGEMONIA DEMOCRÁTICA

## THE UNEASINESS OF THE JUDICIALIZATION OF POLITICS: THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS UNDER DEMOCRATIC HEGEMONY

### LA INQUIETUD DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES BAJO LA HEGEMONÍA DEMOCRÁTICA

Nelson Juliano Cardoso Matos\*

Deborah Dettmam\*\*

1 Introdução. 2 Judicialização da política e ativismo judicial: noções gerais e distinções conceituais. 2.1 Em busca de um conceito provisório de judicialização da política: o problema semântico. 2.2 Ampliando o sentido de judicialização da política: distinções e dimensões. 2.3 Reduzindo o sentido de judicialização da política para minimizar o problema da ambiguidade semântica. 3 Judicialização da política: 250 anos depois de Montesquieu. 3.1 Tentativas de contextualizar o fenômeno da judicialização da política no século XX. 3.2 Novos arranjos institucionais 250 anos depois. 3.3 Judicialização da política pura e doutrina da separação de poderes. 3.3.1 Hamilton e Kelsen: o judiciário e a legislação. 3.3.2 Tate, Hirschl e Ferejohn: a redescoberta da judicialização da política na década de 1990. 3.3.3 Loewenstein e a raiz do problema contemporâneo. 3.3.4 Benjamin Constant e o poder moderador. 4 Judicialização da política e doutrina da supremacia legislativa: os limites do discurso democrático. 4.1 O verdadeiro rival da judicialização da política: a democracia. 4.2 O discurso dos direitos e a oclocracia (anarquia): no limiar da degeneração inevitável das formas simples

\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, Distrito Federal, Brasil. Professor Associado do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. Docente colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA, São Luís, Maranhão, Brasil. Docente colaborador do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. Docente colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. E-mail: <nelsonmatos@ufpi.edu.br>. <https://orcid.org/0000-0002-0926-7321>

\*\* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, Paraná, Brasil. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Professora Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, Teresina, Piauí, Brasil. E-mail: <deborahdettmam@ufpi.edu.br>. <https://orcid.org/0000-0002-8478-5495>



O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

de governo. 5 Reparos e ressalvas sobre a judicialização da política: peculiaridade da situação brasileira. 6 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

**Contextualização:** Este artigo trata da judicialização da política.

**Objetivo:** A partir do contexto da discussão, explicitadas contradições e ambiguidades e a inquietação por elas provocada, pretende-se clarificar minimamente os elementos e pressupostos do debate, situando o leitor no genuíno sentido da controvérsia.

**Método:** Análise da literatura clássica sobre o tema, para comparar e confrontar conceitos, classificações e distinções.

**Resultados:** Primeiro, conceituar judicialização da política e, assim, distinguir os diversos conceitos correlatos. Segundo, entender a ideia de separação de poderes no século XX. Por fim, terceiro, identificar a hegemonia democrática como fator decisivo para a compreensão da controvérsia.

**Conclusões:** Percebe-se, sobretudo, o equívoco de contrapor a judicialização da política à separação de poderes quando o mal-estar é, principalmente, da tensão entre a judicialização da política e a hegemonia democrática.

**Palavras-chave:** judicialização da política; separação de poderes; judiciário.

## ABSTRACT

**Context:** This article deals with the judicialization of politics.

**Objective:** From the context of the discussion, explicit contradictions and ambiguities and the disquiet caused by them, it is intended to minimally clarify the elements and assumptions of the debate, placing the reader in the genuine sense of the controversy.

**Method:** Analysis of the classic literature on the subject, to compare and confront concepts, classifications and distinctions.

**Results:** First, to conceptualize the judicialization of politics and, thus, to distinguish the different related concepts. Second, understand the idea of separation of powers in the 20th century. And, third, to identify democratic hegemony as a decisive factor for understanding the controversy.

**Conclusions:** Above all, we can see the mistake of opposing the judicialization of politics to the separation of powers when the malaise is, above all, the tension between the judicialization of politics and democratic hegemony.

**Keywords:** judicialization of politics; separation of powers; judiciary.

## RESUMEN

**Contexto:** Este artículo trata de la judicialización de la política.

**Objetivo:** A partir del contexto de la discusión, las contradicciones y ambigüedades explícitas y la inquietud que provocan, se pretende esclarecer mínimamente los elementos y supuestos del debate, situando al lector en el sentido genuino de la controversia.

**Método:** Análisis de la literatura clásica sobre el tema, para comparar y confrontar conceptos, clasificaciones y distinciones.

**Resultados:** Primero, conceptualizar la judicialización de la política y, así, distinguir los diferentes conceptos relacionados. Segundo, entender la idea de separación de poderes en el siglo XX. Y, tercero, identificar la hegemonía democrática como un factor decisivo para entender la controversia.

**Conclusiones:** Sobre todo, se advierte el error de oponer la judicialización de la política a la separación de poderes cuando el malestar es, sobre todo, la tensión entre judicialización de la política y hegemonía democrática.

**Palabras clave:** judicialización de la política; separación de poderes; judicial.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da judicialização da política provoca intensa inquietação. Mais do que o aparente mal-estar, a judicialização da política acirra um debate arrebatado e expõe contradições e ambiguidades.

A ideia mais simples, e bastante difundida, a respeito do tema, considera a judicialização da política uma anomalia paradigmática, no sentido em que transgride o princípio da separação de poderes. Transgride no exato ponto em que o poder judiciário estaria ultrapassando a sua zona de competências, usurpando ou impedindo o exercício de competência dos outros poderes, o executivo e o legislativo. Para o senso comum, essa ideia convencional de separação de poderes remontaria a Montesquieu (ou aos federalistas), e, portanto, o judiciário não passaria da “boca da lei” ou de um “poder nulo”.

Nesse contexto, esta pesquisa partiu desse mal-estar, desse problema, para revisitar os livros clássicos sobre o tema. Ao comparar e confrontar conceitos, classificações e distinções, pretende-se clarificar minimamente o contexto da discussão, situando o leitor no genuíno sentido da controvérsia. Como resultado desse esforço, percebe-se, sobretudo, o equívoco de contrapor a judicialização da política à separação de poderes quando o mal-estar é da tensão entre a judicialização da política e a hegemonia democrática.

O argumento deste artigo está organizado em três partes. Na primeira parte, faz-se uma tentativa de conceituar judicialização da política e, assim, distinguir os diversos conceitos correlatos. Na segunda parte, faz-se a tentativa de entender a ideia de separação de poderes no século XX. Na terceira parte, faz-se o acréscimo da hegemonia democrática como fator decisivo para a compreensão da controvérsia.

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: NOÇÕES GERAIS E DISTINÇÕES CONCEITUAIS

### 2.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO PROVISÓRIO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PROBLEMA SEMÂNTICO

O protagonismo do poder judiciário no século XX ganhou contornos teóricos mais bem definidos com a expressão “judicialização da política”. Essa expressão teve ampla divulgação e reconhecimento com a publicação do livro *The global expansion of judicial power*, com estudos sobre o tema coligidos por Torbjörn Vallinder e Neal Tate, em 1995<sup>1</sup>. Apesar do impacto dessa obra, a expressão judicialização da política já era de uso corrente; Karl Loewenstein, por exemplo, em *Teoria da constituição* (LOEWENSTEIN, 1970, p. 321), de 1957<sup>2</sup>, utilizou o termo com destaque. O marco da inserção do tema no Brasil foi a publicação de *A constituição de 1988 e a judicialização da política*, em 1996, de Ferreira Filho (1996)<sup>3</sup>, e, em seguida, a publicação de *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, em 1997, de Castro (1997).

Identificado por outros termos, o assunto já havia sido, recorrentemente, objeto de estudo desde o início do século XX ou, pelo menos, desde meados do século. Uma expressão constantemente associada à da judicialização da política é “ativismo judicial”<sup>4</sup>, identificada com o protagonismo político da Corte Warren, nos Estados Unidos.

O uso indiscriminado dessas duas expressões – judicialização da política e ativismo judicial – tem provocado ainda mais confusão e ambiguidade. Particularmente no Brasil, os termos são empregados em tal proporção e com tanto desacordo semântico que não parece possível identificar duas definições consensualmente aceitáveis. Nesse sentido, o que se tentará realizar nesta seção é distinguir os múltiplos conceitos associados às duas expressões.

Torbjörn Vallinder apresentou uma definição complexa do que ele denominou judicialização da política, composta de duas dimensões:

---

<sup>1</sup> Alguns desses estudos foram apresentados antes, em 1992, no colóquio, sobre o tema organizado pelo Centro de Estudos sobre Sistema Judiciário, em Bolonha. O artigo de Martin Shapiro, de 1994, também era bastante conhecido (SHAPIRO, 1994).

<sup>2</sup> Originalmente com o título *Poder político e processo governamental*.

<sup>3</sup> Antes da publicação de 1996, entretanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho havia publicado *Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça* (FERREIRA FILHO, 1994). Apesar de usar pioneiramente a expressão “judicialização da política”, a sua abordagem do tema nesse artigo ainda foi excessivamente sintética, bem desenvolvida no artigo de 1996. Em 1992, José Eduardo Faria identificava a “jurisdicização da política” e a “politização do direito” (FARIA, 1992, p. 35).

<sup>4</sup> A referência mais antiga está relacionada ao artigo “The Supreme Court: 1947”, de Arthur Schlesinger Jr. Sobre a relevância dessa referência, cf. Campos (2016) e Pádua (2015).

(1) a expansão da competência dos tribunais ou dos juízes às custas dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisão do legislador, do gabinete, ou do serviço civil perante os tribunais ou, pelo menos, (2) a disseminação dos métodos de tomada de decisões judiciais fora da esfera judicial propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial (VALLINDER, 1995, p. 13).

Na primeira dimensão, os órgãos do poder judiciário atuam (decidem) em competências tipicamente legislativas ou executivas (competências reconhecidamente dos órgãos legislativos ou executivos). Na segunda dimensão, os problemas e conflitos das esferas da vida não jurídicas são resolvidos por critérios jurídicos (ou quase jurídicos). Assim, na primeira dimensão, percebe-se a ampliação (o acréscimo) das competências típicas do judiciário, incorporando para si as funções típicas de outros poderes, o que não consiste na expansão da função judiciária propriamente, mas a expansão do poder do órgão judicial. Na segunda dimensão, percebe-se a conversão interna dos órgãos não judiciais, que adotam técnicas, procedimentos e critérios judiciais para realizar suas funções.

Diferentemente das duas referidas dimensões, para Loewenstein (1970, p. 321), judicialização da política é “outorgar ao poder judicial a posição dominante de árbitro supremo na dinâmica do processo político”. Loewenstein tinha em vista os novos tribunais constitucionais instalados na Europa pós-guerra, especialmente na Alemanha. A judicialização da política lhe causava certa perplexidade porque, ainda que o tribunal constitucional adotasse a forma judicial, para ele, a natureza das suas decisões era inevitavelmente política; porque versam sobre “conflitos de natureza política”, ou seja, “atos governamentais” não judicializáveis (LOEWENSTEIN, 1970, p. 321-322). Nesse contexto, Loewenstein (1970, p. 324-325) expressava enorme reticência com a então inovadora judicialização da política (década de 1950), alertando sobre os riscos para a judicatura e para o processo governamental, assim como os perigos da eventual formação de uma “judiciocracia”.

Essas três dimensões (as duas de Vallinder e a terceira de Loewenstein) permitem fixar um cenário provisório do problema, especialmente se considerarmos que as três dimensões são independentes entre si, ou seja, elevar um órgão judicial ao *status* de árbitro supremo de questões constitucionais e políticas; ampliar, na prática, as funções legislativas e executivas dos órgãos judiciais; e adotar, pelos órgãos não judiciais, métodos, procedimentos e critérios judiciais (jurídicos) para a resolução de problemas não judiciais<sup>5</sup>. Cada dimensão deve ser tratada separadamente porque não consistem no mesmo fenômeno e não são dependentes umas das outras.

<sup>5</sup> Em sentido próximo, é a distinção formulada por Ran Hirschl, “a ‘judicialização da política’ é um termo geralmente semelhante a um guarda-chuva que se refere ao que são realmente três processos inter-relacionados. No nível mais abstrato, o termo refere-se à disseminação do discurso, do jargão, das

Nenhum dos dois usou a expressão ativismo judicial. Diante desse cenário provisório, o problema semântico pode ser enfrentado de três maneiras. A primeira é usar indistintamente as duas expressões – judicialização da política e ativismo judicial – como sinônimas ou como equivalentes.

A segunda maneira é reconhecer o uso um pouco depreciativo da expressão ativismo judicial e, assim, distinguir as duas expressões. De tal modo que se poderia reservar a expressão judicialização da política aos casos em que o protagonismo judicial é determinado pelo desenho institucional (pelo sistema normativo), assim como a expressão ativismo judicial aos casos em que o protagonismo judicial não tem respaldo institucional ou normativo ou que, ainda que tenha, aos casos em que o titular do órgão judicial se recusa a adotar uma postura autorrestritiva aceitável<sup>6</sup>. Nesse sentido, a expressão ativismo judicial contrastaria com a expressão autorrestrição (ou autocontenção) judicial, no contexto da crítica à Corte Warren. Na judicialização da política, portanto, o juiz pouco poderia fazer diante do protagonismo normativo e institucionalmente obrigatório; enquanto, no ativismo judicial, a atuação do juiz seria o equivalente a uma transgressão da ordem normativa e institucional.

A terceira maneira é distinguir as três dimensões descritas acima. De tal modo que a expressão judicialização da política ficaria reservada apenas à primeira dimensão, aquela descrita por Loewenstein, na situação em que um órgão judicial atuasse como árbitro das decisões políticas e constitucionais; aqui o rigor terminológico é mais preciso, pois literalmente descreve a interferência de um órgão judicial na esfera política propriamente dita (dos atos superiores de governo). A expressão ativismo judicial ficaria reservada apenas à segunda dimensão, aquela descrita no item 1 de Vallinder, na situação em que os órgãos judiciais determinassem políticas públicas no âmbito mais geral (substituindo o legislativo) ou no âmbito mais particular (substituindo o executivo)<sup>7</sup>; aqui a expressão ativismo poderia ser entendida no sentido mais livre como expansão ou ampliação da esfera de atuação do judiciário para além do que lhe é convencionalmente aceitável. Por fim, não parece ter nenhuma expressão relevante para denominar a terceira dimensão, aquela descrita no item 2 de Vallinder, ou seja, a mudança interna dos órgãos não judiciais que, espontaneamente, utilizassem técnicas,

---

regras e dos procedimentos legais na esfera política, nos fóruns e nos processos de formulação de políticas. [...] Um segundo aspecto mais concreto da judicialização da política é a expansão da província de tribunais e juízes na determinação dos resultados das políticas públicas, principalmente por meio de análise administrativa, redesenho judicial das fronteiras burocráticas entre órgãos estatais e jurisprudência de direitos ‘comuns’. [...] Uma terceira classe emergente da judicialização da política é a dependência de tribunais e juízes para lidar com o que poderíamos chamar de ‘megapolítica’: controvérsias políticas centrais que definem (e geralmente dividem) políticas inteiras” (HIRSCHL, 2011, p. 34).

<sup>6</sup> No mesmo sentido, é a distinção de Barroso (2009, p. 21-2); bem como de Streck (2014, p. 589); e de Nunes Júnior (2016, p. 36).

<sup>7</sup> No mesmo sentido, é a definição de Castro (1997).

procedimentos e critérios judiciais em substituição a outros parâmetros convencionalmente aceitáveis.

Das três maneiras, a terceira parece ser a mais rigorosa, mas a menos difundida. Para evitar maior confusão, reconhecida a distinção conceitual das três dimensões, parece preferível aderir à primeira maneira, mais difundida, que usa indistintamente as duas expressões. Ou melhor, para os fins desta pesquisa, sempre que possível, dar-se-á preferência ao uso da expressão judicialização da política em qualquer das três dimensões, ignorando a expressão ativismo judicial. Oportunamente, verificar-se-á a possibilidade de reduzir o conteúdo dessa definição.

## 2.2 AMPLIANDO O SENTIDO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DISTINÇÕES E DIMENSÕES

Para além das três dimensões identificadas até aqui, diante da proliferação de teorias, explicações e definições, Hirschl (2012, p. 30) tentou organizar os estudos sobre judicialização da política em quatro grupos abrangentes: teorias funcionalistas, teorias centradas em direitos, teorias institucionalistas e teorias centradas nos tribunais. A interpretação funcionalista associa o fenômeno à ampliação do Estado administrativo (e regulamentador) e do Estado social, bem como a “crescente complexidade e contingência das sociedades modernas” (HIRSCHL, 2012, p. 30). A interpretação centrada em direitos, ou “judicialização vindo de baixo”, está associada à visão dos movimentos sociais com relação às instituições jurídicas, vistas como instituições mais íntegras em contraste com as negociações políticas; engloba também disputas estratégicas promovidas por grupos subrepresentados politicamente (HIRSCHL, 2012, p. 30-31). A abordagem institucionalista enfatiza características institucionais, como a democracia, a separação de poderes, o *judicial review* etc.; “em outras palavras, mais democracia é igual a mais tribunais” (HIRSCHL, 2012, p. 31). “A quarta perspectiva sustenta que tribunais e juízes são as principais forças propulsoras por trás da expansão do Poder Judiciário”; nessa interpretação, a judicialização da política é um aspecto da tensão entre judicialização e democracia ou sobre a ilegitimidade democrática do judiciário ou sobre o equilíbrio contramajoritário do judiciário (HIRSCHL, 2012, p. 33). Hirschl (2012, p. 33) ressaltou uma interpretação da judicialização da política, que seria a dele próprio, enfatizando a “conceituação dos tribunais como instituições políticas”.

Na discussão brasileira sobre o tema, Ernani de Carvalho e Marjorie Marona tentaram apurar os sentidos empregados e conseguiram catalogar nove definições:

- (1) Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais. (2) Crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política. (3) Interferência do Poder Judiciário em questões eminentemente políticas. (4)

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

Expansão do Poder Judiciário. (5) Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis do sistema judiciário. (6) Adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial. (7) Capacidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas. (8) Crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas. (9) O Judiciário como veículo para o exercício da Cidadania (CARVALHO; MARONA, 2010, p. 12).

Algumas das definições relacionadas acima são sobrepostas e outras não consistem propriamente em judicialização da política (ou ativismo judicial), mas simplesmente no protagonismo moderado ou em atuação judicial típica, dentro dos parâmetros de uma doutrina da separação de poderes convencionalmente aceita. Diante desse contexto de incontáveis definições, parece que nada de muito original e relevante foi escrito para além das três dimensões de Vallinder e de Loewenstein; mesmo as três manifestações de Ran Hirschl parecem mais uma atualização dos termos e dos exemplos do que propriamente um acréscimo.

Assim, a partir das três dimensões, por decomposição, é possível formular um quadro relativamente detalhado do fenômeno, à luz dos estudiosos do tema. O quadro a seguir é uma tentativa de dar coesão mínima à ampliação conceitual.

Quadro 1 - Três dimensões da judicialização da política

DIMENSÕES	ASPECTOS	ESPECIFICIDADES
1ª Dimensão (judicialização da política pura)	Última instância judicial (ou instância de cassação de decisões judiciais)	
	Arbitragem de conflitos políticos	<i>Conflitos entre os órgãos superiores do Estado</i> <i>Conflitos constitucionais</i>
	Legislação suplementar	<i>Súmulas e enunciados</i> <i>Mandado de injunção</i> <i>Regulamentos (judiciais)</i>
	Fiscalização eleitoral	
2ª Dimensão (judicialização da política ordinária)	Novo perfil do judiciário	<i>Inflação legislativa e direitos positivados</i> <i>Modelos de interpretação</i> <i>Modelos de relação jurídica processual (interesses e efeitos)</i> <i>Demandas repetitivas</i> <i>Livre convencimento do juiz (em tensão com a introdução de súmulas e enunciados)</i>
	Relação com o executivo ordinário (controle judicial da administração pública)	<i>Ordens para o Estado se abster</i> <i>Ordens para o Estado fazer</i>
	Relação com o executivo ordinário no exercício do poder regulamentar (determinação de políticas públicas)	<i>Proibição de políticas públicas</i> <i>Determinação de políticas públicas</i>



	Relações com a legislação ordinária	<i>Não aplicação Interpretação livre (criativa)</i>
3ª Dimensão (Judicialização imprópria)		

Fonte: elaborado pelo autor.

### 2.3 REDUZINDO O SENTIDO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA MINIMIZAR O PROBLEMA DA AMBIGUIDADE SEMÂNTICA

Diante de tantas dimensões e definições, é imprescindível depurar as imprecisões. Uma estratégia seria acrescentar adjetivos e demarcar cada acepção. Assim fez, por exemplo, Ran Hirschl, que denominou a primeira dimensão do quadro acima de judicialização da megapolítica (ou judicialização da política pura) e a terceira dimensão de judicialização das relações sociais; por ilação, poder-se-ia denominar a segunda dimensão de judicialização da política ordinária; e, assim, foi feito na subseção anterior; deve-se dar os créditos a Hirschl.

Entretanto, o conceito de judicialização da política, para ser operacional, precisa ser depurado, pelo menos para os fins desta pesquisa, que estuda o tema no contexto da controvérsia.

O quadro das três dimensões da judicialização da política parece ser sintético e denso o suficiente para abranger todas as manifestações do fenômeno, ainda que mereça três reparos. O primeiro, relacionado à terceira dimensão (a incorporação de métodos judicial por órgãos não judiciais), não parece mesmo ser uma anomalia paradigmática, especialmente, porque essa adesão seria voluntária e episódica; poder-se-ia mesmo duvidar se essa adesão é sincera do ponto de vista de se tratar de uma aparente (formal) judicialização para justificar decisões políticas controvertidas ou de ser apenas o uso de critérios eficientes na condução da gestão de processos administrativos. Assim, o primeiro reparo diminui o sentido da judicialização da política, ao excluir a terceira de suas dimensões.

O segundo reparo diz respeito à segunda dimensão. Não parece fácil afirmar se se constitui propriamente uma anomalia paradigmática ou se consiste apenas na atualização da função judicial (como corolário da atualização das funções estatais). Nesse sentido, Ferejohn (2002) demonstrou como a atividade legislativa, na complexidade dos dias de hoje, não pode ser eficazmente exercida sem o auxílio de órgãos executivos e judiciais<sup>8</sup>. Apesar das dúvidas, ao contrário da primeira dimensão, deve-se considerar a segunda dimensão como judicialização da política ordinária, bem distinta da primeira, porque possuem dinâmicas próprias.

<sup>8</sup> No mesmo sentido, é a opinião de Dobrowolski (1999, p. 80).

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

O terceiro reparo é, na verdade, uma distinção. Parece que a judicialização promovida pelas cortes supremas, quando afetam diretamente os órgãos mais altos do legislativo e do executivo, qualquer que seja o conteúdo da medida, ajusta-se melhor na primeira dimensão; quando essas altas cortes atuam, no entanto, afetando apenas os particulares ou órgãos políticos secundários ou órgãos da administração pública ordinária, a classificação ajusta-se melhor à segunda dimensão.

Não comporta, nessas distinções, o ativismo judicial no sentido empregado por Luís Roberto Barroso e Lenio Streck. As transgressões explícitas ao desenho institucional e normativo não são propriamente uma anomalia paradigmática, mas transgressões praticadas cotidianamente por agentes de qualquer órgão estatal ou por indivíduos em geral. Esses casos proliferam quando o próprio desenho institucional (ou a sua dinâmica) não tem mecanismos eficientes de fiscalização, controle e correção. Por essas razões, isso que parte dos estudiosos denomina de ativismo judicial, no sentido pejorativo do termo, não foi objeto desta pesquisa.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: 250 ANOS DEPOIS DE MONTESQUIEU

A doutrina da separação de poderes de Montesquieu refletiu os efeitos de eventos que remontam à guerra civil inglesa, um século antes da publicação de *O espírito das leis*. Menos de cinquenta anos depois, norte-americanos, franceses e ingleses fizeram adaptações na doutrina de Montesquieu para compatibilizá-la com as novas circunstâncias pós-revolucionárias. Montesquieu não fez diferente; dois milênios depois de Políbio, aplicou a teoria do governo misto a novas circunstâncias; nem por isso contrariou a essência da teoria polibiana.

Um quarto de milênio depois de Montesquieu, importa saber se a judicialização da política é uma anomalia paradigmática ou se é a atualização da doutrina da separação de poderes às circunstâncias do século XX.

#### 3.1 TENTATIVAS DE CONTEXTUALIZAR O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SÉCULO XX

É recorrente a tentativa de identificar as causas da judicialização da política. Proliferam explicações resultando em infindáveis causas listadas<sup>9</sup>. Carvalho e Marona (2010, p. 13-14) enumeraram onze causas gerais e quatro causas brasileiras para a judicialização da política. Barroso (2009), atento apenas ao caso brasileiro, identificou três causas (democratização, constitucionalização e jurisdição constitucional híbrida)

---

<sup>9</sup> José Eduardo Faria, ainda em 1992, tratando de temática mais ampla, a dos reflexos da crise paradigmática, enumerou quinze fatores, inclusive “juridicização da política e politização do direito” (FARIA, 1992, p. 34-35).

que, na prática, é uma só: a promulgação da Constituição de 1988. Castro (1997) (aproveitando a análise de Torbjörn Vallinder) identificou outras sete causas (VALLINDER, 1995).

A discussão sobre as causas, ainda que recorrente, não parece ser útil. Tamanha é a complexidade do tema que dificilmente se poderia demonstrar o efetivo nexo de causalidade. Melhor do que tratar como causas seria tratar como contexto, isto é, como eventos que geralmente antecedem ou concorrem com a percepção do fenômeno da judicialização da política.

Assim, de maneira geral, parece ser possível identificar três ou quatro movimentos relevantes, sem nenhuma pretensão de ser exaustivo: (a) o advento do Estado social e, por consequência, (a1) a inflação legislativa e a positivação de (a2) direitos sociais e de (a3) direitos à promoção de benefícios sociais pelo Estado; (b) a gradual hegemonia de teorias jurídicas críticas do “formalismo”, refletindo-se na (b1) insuficiência dos paradigmas hermenêuticos tradicionais e na (b2) superação do debate sobre a criatividade judicial; e (c) o advento do Estado constitucional (e o preceito da supremacia constitucional) e da jurisdição constitucional. Poder-se-ia, ainda, acrescentar (d) a crise de legitimação das democracias liberais, que repercutem como deficiência de legitimação dos Poderes Legislativo e Executivo (eletivos). No caso particular do Brasil, o evento decisivo foi a promulgação da Constituição de 1988, intensificada por seus desdobramentos.

Nesse contexto, considerando os eventos do item “a”, sendo a atividade judicial tipicamente aplicar o direito, a ampliação quantitativa e material do direito (objetivo) e dos direitos (subjetivos) teria resultado na intensificação da atividade judicial. Na mesma direção, quando as normas estabelecem obrigações jurídicas para o próprio Estado (direitos de prestação social, por exemplo), a satisfação dos direitos (subjetivos) pressupõe ordens judiciais dirigidas às autoridades estatais (executivo) para sanar eventuais omissões.

Considerando os eventos do item “b”, uma infinidade de teorias que defendem o caráter argumentativo ou retórico do direito, ou, pelo menos, que firmam sérias dúvidas a respeito do caráter lógico, objetivo ou racional do direito, tiram dos juízes parâmetros estáveis e consensuados de decidibilidade, ampliando, assim, o entendimento de que o ato de julgar pressupõe, também, decidir (escolher) discricionariamente (ou criativamente).

Considerando os eventos do item “c”, a aceitação dos princípios da supremacia constitucional e da supremacia judicial, aliada a instrumentos formais de acesso menos seletivos ao judiciário, induzem a remessa de questões políticas (não judiciais) a esses órgãos. Mesmo na posição de autorrestrição, implicitamente, pressupõe-se o poder de decidir não decidir.

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

Por fim, considerando os eventos do item “d”, as restrições ao caráter antidemocrático da atuação judicial foram gradativamente atenuadas com a crítica à deficiência das democracias representativas (ou do suposto *déficit* de representatividade dos eleitos).

Como se afirmou, os eventos são coincidentes com a judicialização da política, entretanto não parece ser possível determinar plausivelmente a relação de causalidade ou de necessidade. Podendo ser, inclusive, o protagonismo judicial a causa do advento ou da relevância daqueles eventos, e não o inverso.

### 3.2 NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS 250 ANOS DEPOIS

Muitos anos depois de Montesquieu, novos arranjos sociais e institucionais resultaram, também, em nova configuração dos órgãos judiciais e da atividade judicial. Antes, o legislativo e o executivo, órgão e função, também sofreram mutações.

Os parlamentos dos séculos XVIII e XIX, por exemplo, geralmente funcionavam comedidamente em sessões legislativas de quatro meses por ano<sup>10</sup> com relativa baixa promulgação de leis<sup>11</sup>. Essa situação contrasta com os órgãos legislativos atuais acometidos pela hiperlegislação, além da sobrecarga de atribuições não legislativas.

A hiperlegislação manifesta significativa mudança no caráter da função legislativa, bem como revela a impossibilidade de, nas sociedades complexas atuais, por meio de poucas leis gerais (como no século XVIII), regular todas as demandas relevantes. Para atender a essas demandas, os órgãos legislativos (parlamentos) aprovam leis cada vez mais técnicas (DOBROWOLSKI, 1999, p. 79) e detalhadas (SCHMITT, 1971, p. 14). Essa tentativa, entretanto, mostrou-se parcialmente ineficiente, o que induziu os órgãos executivos a complementar (regulamentos) e a suplementar (lacunas) a legislação parlamentar. A composição dos parlamentos (numerosa e heterogênea) e o processo legislativo (moroso) dificultam ainda mais a resposta rápida e eficiente para as demandas sempre urgentes.

Mesmo o executivo e suas agências não conseguem responder satisfatoriamente a essas demandas remanescentes. O que o executivo ganha com agilidade na decisão perde com a ausência de dissenso e contraditório. Demandas resistentes, em um sistema de acesso relativamente fácil ao judiciário, inevitavelmente são levadas a esse poder (FARIA, 2004, p. 109).

---

<sup>10</sup>A Constituição do Império brasileiro, de 1824, também estabelecia quatro meses: “Art. 17. Cada Legislatura durará quatro annos, e cada Sessão annual quatro mezes”.

<sup>11</sup>No Brasil, até 1930, foram promulgadas, aproximadamente, seis mil leis; atualmente, já foram promulgadas mais de 160 mil leis federais (além de quase 1,5 milhão de leis estaduais e 3,5 milhões de leis municipais).

O executivo do século XX, da mesma maneira que o legislativo, sofrem de sobrecarga de atividades. Assume não apenas o remanescente da hiperlegislação (especialmente com o poder regulamentar), bem como provê a população de serviços públicos que até pouco tempo não era de sua alçada, como educação, saúde, moradia, assistência social etc., ou seja, estabelece políticas públicas em elevada escala. Reitera-se que um sistema de acesso relativamente fácil ao judiciário obriga o juiz a resolver essas demandas. Um sistema que positiva direitos sociais na lei ou na constituição, por exemplo, coloca o judiciário na posição impositiva de decidir.

A judicialização da política ordinária, portanto, é, em grande medida, determinada pela mutação não só do órgão e da função judiciais, mas também da mutação das funções executiva e legislativa no século XX.

### 3.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PURA E DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Ran Hirschl distinguiu o que ele denominou judicialização da megapolítica (ou judicialização da política pura) das outras manifestações (“faces”) da judicialização da política. Hirschl se referiu às “controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras” (HIRSCHL, 2009, p. 146). Sua premissa não parece ser muito diferente da de Karl Loewenstein, para quem a judicialização da política é a situação em que o tribunal constitucional aprecia os “*actes de gouvernement* não judicializáveis” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 322). A diferença substancial entre os dois é que Hirschl considerou a judicialização da megapolítica um estratagema das elites econômicas contra o povo (HIRSCHL, 2012, p. 34), enquanto Loewenstein (1970, p. 322) considerou simplesmente um fenômeno disfuncional. Esse aspecto da teoria de Hirschl é impertinente nesta pesquisa, ao contrário da preocupação de Loewenstein, que é o cerne da discussão em torno da judicialização da política na qualidade de anomalia paradigmática.

Nesta subseção, a judicialização da política ordinária será desconsiderada e será enfatizada a atuação política das supremas cortes (ou dos órgãos equivalentes, como os tribunais constitucionais, os conselhos constitucionais e outros órgãos de cúpula). A razão é que a primeira dimensão (judicialização da política pura) expressa mais intensamente o caráter político do protagonismo que a segunda dimensão (judicialização ordinária).

#### 3.3.1 Hamilton e Kelsen: o judiciário e a legislação

Quatro modelos de órgão judicial supremo podem ser considerados para os fins desta seção: a Câmara dos Lordes na Inglaterra, a Suprema Corte nos Estados Unidos, o

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

Tribunal Constitucional Federal na Alemanha (ou, antes, o Tribunal Constitucional na Áustria<sup>12</sup>) e o Conselho Constitucional na França. Dos quatro, um pode ser completamente desconsiderado e outro pode ser parcialmente desconsiderado. A Câmara dos Lordes, até 2009, exerceu a atribuição judicial de última corte recursal<sup>13</sup>, entretanto não parece configurar como um órgão judicial propriamente dito, exercendo, principalmente, outras funções, como a legislativa; além disso, nessas atribuições de corte de apelação, a Câmara dos Lordes nunca pode apreciar os atos do parlamento; e, desde 2009, as funções judiciais da Câmara dos Lordes foram transferidas para a Suprema Corte do Reino Unido. O outro caso, que pode ser parcialmente desconsiderado, é o Conselho Constitucional francês; originalmente, foi instituído (constituição de 1958) como órgão político de controle preventivo de constitucionalidade das leis, portanto, sem elementos judiciais na estrutura e organização; entretanto, na última década, especialmente, o Conselho Constitucional vem gradualmente redesenhando sua atuação, incorporando elementos judiciais. Feitas essas ressalvas, cuidaremos apenas dos dois modelos restantes.

O modelo de suprema corte foi instituído pela Constituição dos Estados Unidos de 1787, e o modelo de tribunal constitucional foi instituído pela Constituição da Áustria de 1920, ainda que tenha ganhado maior projeção com a sua recepção pela Constituição (lei fundamental) da Alemanha de 1949. Vale ressaltar um motivo quase sempre esquecido para a instituição desses dois modelos, além de órgão de controle de constitucionalidade das leis, nos três países, a suprema corte ou o tribunal constitucional são, também, tribunais federativos, ou seja, árbitros para dirimir conflitos entre entes federativos. Uma distinção entre os dois é que a Suprema Corte é, antes de tudo, a mais alta corte judiciária do país para assuntos cíveis, criminais, administrativos e constitucionais, enquanto o Tribunal Constitucional austríaco é a mais alta corte constitucional, e outros dois tribunais de *status* inferior exercem as funções de último tribunal de apelação em questões cíveis e criminais e em questões administrativas.

O modelo norte-americano foi concebido na Convenção da Filadélfia, em 1787, mas a principal fonte de justificação foram os artigos federalistas redigidos por Alexandre Hamilton, em 1788. O modelo austríaco foi concebido por Hans Kelsen, em 1919<sup>14</sup>.

Alexandre Hamilton, quase duzentos anos antes, antecipava as inquietações de Karl Loewenstein em relação à possível disfuncionalidade institucional causada por uma

---

<sup>12</sup>O Tribunal Constitucional austríaco é conhecido por ser o tribunal constitucional especial mais antigo do mundo e, como tal, teve influência considerável no desenvolvimento constitucional da Europa, especialmente na segunda metade do século XX” (ÖHLINGER, 2006, p. 219).

<sup>13</sup>Desde o *Appellate Jurisdiction Act 1876*, pelos doze *lords of appeal in ordinary*. A partir da década de 1940, esses doze lordes passaram a exercer suas atribuições no *Appellate Committee of the House of Lords*.

<sup>14</sup>Sobre a influência de Hans Kelsen na formulação do modelo de tribunal constitucional e elaboração da Constituição austríaca de 1920, cf. Theo Öhlinger (2006, p. 218).

suprema corte com poderes políticos especiais. Ao contrário de Loewenstein, no entanto, para Hamilton, as preocupações eram impertinentes.

Hamilton entendeu que a Constituição de 1787 conferia à Suprema Corte poderes para invalidar leis aprovadas pelo Congresso (e promulgadas pelo Presidente). Assim, o argumento de John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, de 1803, já estava contido, em grande medida, no argumento de Hamilton, em 1788. O argumento de Hamilton tem duas bases: a necessidade de impedir os abusos do legislador e a impossibilidade institucional de a Suprema Corte cometer abusos sistematicamente (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, artigos 78 e 81).

A despeito de o argumento de Hamilton merecer dois reparos, a distinção que faz entre os atos do povo (a constituição) e os atos do governo (a legislação) é bem formulada. O primeiro reparo é desconsiderar a possibilidade de o povo controlar os abusos do legislador nas eleições periódicas<sup>15</sup>. O segundo é se ater a argumentos relativamente ingênuos para assegurar a fragilidade institucional da Suprema Corte.

Dos poderes políticos especiais conferidos pela Constituição à Suprema Corte, para Hamilton, o mais importante é o poder de anular leis. Para Hamilton, essa competência é o efeito necessário da distinção entre povo e governo.

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior. Como essa doutrina é de grande importância em todas as Constituições da América, não será fora de propósito discutir os princípios em que se funda. Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 459).

Como desfecho argumentativo, Hamilton negou qualquer caráter político dessa interferência do judiciário no legislativo, tratar-se-ia de um procedimento jurídico elementar na antinomia entre norma superior e inferior:

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes

<sup>15</sup> Ely (1997) e Waldron (2003) desenvolveram o contra-argumento.

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 460).

A prudência de Hamilton fez que ele reconhecesse que os juízes podem cometer abusos. Não é esse o ponto. O argumento da fragilidade judicial de Hamilton é que esses abusos ou transgressões eventuais não afetariam o sistema como um todo (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 476), porque os outros poderes teriam mecanismos formais e fáticos para se contrapor aos órgãos judiciais (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458). Do ponto de vista formal, por exemplo, os *justices* da Suprema Corte estão sujeitos ao *impeachment* pela Câmara (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 476) e, do ponto de vista fático, os recursos militares e financeiros pertencem ao chefe do executivo e o apelo popular pertence ao Congresso.

Nesse contexto, para além do caráter judicial da Suprema Corte, Hamilton demonstrou preocupação com a composição desse órgão, enfatizando que deveriam ser poucos, os melhores e vitalícios no cargo. Recomendações que conferem à Suprema Corte de Hamilton o caráter aristocrático.

O contexto da instituição do modelo austríaco e mesmo da recepção alemã é muito diferente do contexto norte-americano e, de certo modo, não se relacionam diretamente. O modelo austríaco não é legatário da experiência ou do desenho norte-americano, pelo contrário, Hans Kelsen praticamente o ignora. Em certo sentido, o tribunal constitucional como órgão de controle de constitucionalidade das leis foi, por obra criativa de Kelsen, uma adaptação da ideia já conhecida na Áustria e na Alemanha de tribunal federativo<sup>16</sup>.

Assim como Hamilton, as obras de Kelsen defendem modelos constitucionais já vigentes. A Constituição austríaca é de 1920 e as duas obras mais famosas sobre o tema são de 1929 e 1931, *A garantia da jurisdição constitucional* e *Quem deve ser o guardião da constituição?*, respectivamente. Mesmo *Teoria geral do estado* é de 1925.

O cerne do argumento kelseniano é que seria ingenuidade achar que o parlamento anularia seus próprios atos em desconformidade com a Constituição. Para tanto, seria necessário um tribunal constitucional com poderes bastante restritos, mas que incluísse o de anular leis (KELSEN, 2003a).

Para justificar esse desenho institucional, Kelsen fez uso de três conjecturas. A primeira é que a regularidade do sistema jurídico pressupõe que as normas inferiores sejam compatíveis com as normas superiores (KELSEN, 2003a, p. 93). A segunda é que os atos irregulares precisam ser anulados. A terceira é que, no caso das leis, os atos irregulares (inconstitucionais) precisam ser anulados por outro órgão que não o próprio órgão produtor da irregularidade (KELSEN, 2003a, p. 108).

---

<sup>16</sup> Antes de Kelsen, Georg Jelinek denominou de tribunal constitucional um órgão com funções exclusivamente de árbitro federativo.



No entanto, Kelsen não considerou qualquer estrutura adequada para anular leis. Primeiro, porque a anulação de leis não é propriamente um ato de natureza judicial, já que tem caráter geral e abstrato (legislação) e não concreto (KELSEN, 2003a, p. 109; KELSEN, 2003b, p. 263). Segundo, porque o perfil judicial é o mais adequado para apreciar tecnicamente a inconstitucionalidade das leis (KELSEN, 2003b, p. 265). Assim, o tribunal constitucional kelseniano não é propriamente judicial porque seus atos são legislativos (KELSEN, 2003a, p. 109), mas sua organização e seu funcionamento são tipicamente judiciais para dar à decisão do tribunal o caráter imparcial e objetivo (KELSEN, 2003a, p. 110). Nesse sentido, os parâmetros para composição e procedimento são fundamentais.

Para além das funções de legislador negativo, o tribunal constitucional deveria servir de fiscal (guardião) para todos os atos imediatamente submetidos à constituição, ou seja, para tudo que não tivesse alguma forma de fiscalização ordinária sobre a regularidade normativa, deveria o tribunal constitucional fazê-lo. Mas nunca a legislação positiva (KELSEN, 2003a, p. 107).

É interessante perceber a preocupação de Kelsen, assim como a de Hamilton, com a composição do tribunal: poucos juizes, tecnicamente bem-preparados e estáveis no cargo (KELSEN, 2003a, p. 110; HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 457-458). Novamente, os elementos aristocráticos sobressaem.

Do ponto de vista da doutrina rígida da separação de poderes, a suprema corte e o tribunal constitucional são um problema. Exigir-se-ia uma excepcional força argumentativa para demonstrar que a suprema corte se mantém na esfera judicial e que o tribunal constitucional, apesar do nome, seria, na verdade, órgão legislativo. Do ponto de vista da teoria do governo misto, entretanto, a suprema corte e o tribunal constitucional são inovações que causam a perplexidade típica dos enigmas e das anomalias paradigmáticas. Por isso a necessidade de entender aquilo que Ran Hirschl denominou de judicialização da política pura.

### 3.3.2 Tate, Hirschl e Ferejohn: a redescoberta da judicialização da política na década de 1990

Ainda que Kelsen e, antes dele, Hamilton considerassem normal e necessário o protagonismo político da suprema corte ou do tribunal constitucional, dentro de certos limites, desde o início, outros teóricos alertavam para a impropriedade e para os riscos da judicialização<sup>17</sup>. Karl Loewenstein, em 1953, reproduziu alerta similar.

---

<sup>17</sup>Em contraposição a Kelsen, cf. Schmitt (2007, Primeira Parte). Em contraposição a Hamilton, cf. Yates (1788).

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

O tema da judicialização da política, entretanto, é retomado com enorme intensidade a partir da publicação da obra *The global expansion of judicial power*, destacando-se o capítulo 2, *Quando os tribunais marcham*, de Torbjörn Vallinder, e o capítulo 3, *Por que a expansão do poder judicial?*, de C. Neal Tate. O contexto de cada caso, entretanto, é bem diferente. As distinções entre governo e parlamento (executivo e legislativo) não são mais tão nítidas, percebendo-se, agora, a dualidade entre governo e oposição ou entre maioria e minoria, no contexto do jogo democrático. A proteção da liberdade contra o arbítrio, fundamento para todas as teorias desde Políbio a Montesquieu, cede lugar à preocupação com a eficiência da ação estatal.

Neal Tate avaliou que a judicialização da política tende a (ou pode) prosperar quando estão presentes quatro condições: democracia, separação de poderes, direitos e grupos de interesses e oposição política ciente dos meios judiciais para atingir seus fins (TATE, 1995, p. 33). Parece, entretanto, que a quarta condição é a própria essência da judicialização da política de Tate, pelo menos naquilo de denominamos de judicialização da política pura (a primeira dimensão).

Ou seja, Tate observou a judicialização da política no contexto do jogo democrático como estratégia de grupos da sociedade ou da minoria política para satisfazer seus interesses por meio dos tribunais. Tate distinguiu duas estratégias aparentes que, na verdade, são as mesmas. A primeira usa o argumento dos direitos e a segunda o argumento dos interesses propriamente ditos. Entretanto, são retóricas diferentes para o mesmo fenômeno:

À medida que os grupos descobrem cada vez mais a utilidade potencial dos tribunais na consecução de seus objetivos, eles podem expandir o entendimento de "direitos" para incluir interesses que, para alguns, parecem estar remotamente conectados a qualquer fundação constitucional em uma formal *bill of rights*. A política de direitos pode se distinguir da política de interesses apenas em seu discurso relativamente mais jurídico (TATE, 1995, p. 30).

Essa estratégia se mantém formalmente como uma questão de *judicial review*, ou seja, como uma questão judiciária, embora o pano de fundo seja de uma disputa política partidária, ideológica ou, simplesmente, de interesses de grupos (populares ou das elites). Mesmo diante do problema enfrentado por Kelsen sobre a natureza da jurisdição constitucional, Tate (1995, p. 31) diretamente qualificou esses órgãos de “terceiro ramo da legislatura”<sup>18</sup>.

Neal Tate ainda ressaltou dois fatores indispensáveis para entender essa nova dinâmica política. Primeiro, é que nem sempre o protagonismo judicial é decorrente da

---

<sup>18</sup>O contexto da afirmação, no entanto, merece cuidado; Tate usou a expressão quando se referia ao Conselho Constitucional francês, que ainda tem significativa diferença em relação à Suprema Corte norte-americana e ao Tribunal Constitucional austríaco.

iniciativa de grupos minoritários contra o governo ou a maioria; por vezes, é o próprio governo que prefere transferir a decisão de questões políticas controversas para o órgão judicial. O segundo fator é a possibilidade de o judiciário, por escolha própria, ainda que demandado, ficar longe das questões políticas, ou seja, adotar a posição autorrestritiva (TATE, 1995, p. 31-32).

O que parece ser relevante nessa judicialização da política pura de Tate é o assumido distanciamento do contexto da doutrina da separação de poderes e a aproximação do contexto da doutrina democrática.

Dez anos depois, em 2004, Hirschl (2020) publicou *Rumo à juristocracia*. Nessa obra, aprofundou o que ele denominou de judicialização da megapolítica. Não parece, entretanto, que Hirschl tenha apresentado inovações relevantes em relação ao que Tate ressaltou, apesar de adotar uma linguagem mais enfática e de atualizar com exemplos mais instigantes.

Mesmo assim, Hirschl (2009, p. 146) decompôs a judicialização da megapolítica em várias subcategorias: judicialização eleitoral, judicialização da política macroeconômica e de segurança nacional, judicialização de “dilemas fundamentais de justiça restaurativa”, “corroboração judicial de transformações de regime político”, e judicialização da formação de identidades coletivas (e processo similares).

Apesar de todas essas categorias, o cerne da preocupação de Hirschl continuou sendo a atuação do órgão judicial como ator político nas questões públicas mais importantes ou o espaço judicial como espaço privilegiado para a tomada dessas decisões fundamentais. A seu modo, por exemplo, Hirschl (2009, p. 165) repetiu o argumento de Tate a respeito do uso político do judiciário por grupos de interesses e pela oposição política, mas acrescentou que os grupos no poder (políticos, econômicos, religiosos, de todo tipo) também usam o judiciário para manter o *status quo*. Outro acréscimo de Hirschl em relação a Tate é minimizar a capacidade de escolha do judiciário para participar desse debate público de alta relevância; para Hirschl (2009, p. 167-168), a judicialização é determinada pela anuência dos atores políticos hegemônicos convencionais, sem a qual não teria resultado duradouro.

Diferentemente de Tate, Hirschl vê com preocupação a judicialização da megapolítica. Primeiro porque considera que esse fenômeno é controlado por elites políticas e econômicas, com o objetivo de manter os seus interesses. Em segundo lugar, porque considera que a judicialização da megapolítica conduzirá à juristocracia (HIRSCHL, 2012, p. 59), que é não apenas o governo dos juizes, como também o governo por quem não está habilitado para tomar as melhores decisões sobre as questões públicas fundamentais (HIRSCHL, 2009, p. 147).

Em 2002, John Ferejohn publicou o artigo *Judicializing politics, politicizing law*, que destaca aspectos cruciais para a compreensão do fenômeno. Com mais clareza que os outros, Ferejohn associou a judicialização da política, sobretudo, às relações entre o

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

judiciário e o legislativo. De certo modo, isso é possível porque ele identificou, como fenômeno antecedente, a fusão ou a subordinação do executivo ao legislativo, tornando, assim, as relações entre judiciário e legislativo mero corolário da outra relação mais abrangente (FEREJOHN, 2002, p. 14).

A complexidade das demandas atuais provocou uma nova função legislativa, muito mais complexa do que a legislação dos tempos de Montesquieu. Para esse novo caráter da legislação, os parlamentos (ainda que atualizados) seriam incapazes de atender completamente às expectativas contemporâneas; para tanto, os órgãos executivos e, depois, os órgãos judiciais passaram a assumir também atribuições legislativas (FEREJOHN, 2002, p. 19-28).

Ferejohn atribuiu a judicialização à fragmentação das forças políticas convencionais (que limitaria a capacidade dos órgãos legislativo e executivo de legislar), seria nessa lacuna de poder que o judiciário se expandiria (FEREJOHN, 2002, p. 32).

Admitir que os órgãos executivos e judiciais legislam não significa que incorporam a mesma organização e dinâmica dos órgãos legislativos; pelo contrário, é essa distinção que os fazem úteis e eficientes (FEREJOHN, 2002, p. 26). Por exemplo, enquanto a disputa partidária é essencial para o funcionamento do parlamento na democracia, o partidarismo no judiciário é nocivo. Enquanto esperam-se argumentos políticos no parlamento, esperam-se argumentos jurídicos nos tribunais (FEREJOHN, 2002, p. 29).

Enquanto a judicialização da política não preocupa Ferejohn, para quem é um fenômeno inevitável em certas circunstâncias, a “politização da justiça” merece desconfiança. Trata-se da incorporação nociva de desenhos, procedimentos e práticas aceitáveis em outros espaços políticos (como no legislativo) no órgão judicial. Como antídoto à politização da Suprema Corte, Ferejohn propõe incorporar algumas práticas consolidadas no recrutamento de juizes dos tribunais constitucionais europeus, particularmente os procedimentos que induzem a escolha de juizes mais moderados e menos partidários (FEREJOHN, 2002, p. 45-46).

### 3.3.3 Loewenstein e a raiz do problema contemporâneo

Karl Loewenstein distinguiu três controles do judiciário sobre os outros poderes: o da legalidade sobre a administração pública, o da constitucionalidade das leis e o da arbitragem de conflitos da alta política. Para Loewenstein, apenas o último tipo merece a denominação judicialização da política (LOEWENSTEIN, 1970, p. 305). Em todo caso, o mesmo Loewenstein, tratando do *judicial review* norte-americano, observou que

Dentro do contexto dos controles interorgânicos, o controle judicial aparece como uma anomalia. O controle judicial da constitucionalidade das leis emitidas conjuntamente pelos detentores do poder estabelecidos é

incompatível, estruturalmente, como princípio da distribuição de funções entre diferentes detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1970, p. 314).

Loewenstein (1970, p. 309) não tinha dúvidas de que o controle de constitucionalidade das leis era ato “essencialmente político”. Em todo caso, o que Loewenstein denominava de judicialização da política não era a possibilidade de o judiciário anular leis (controle de constitucionalidade), ele era mais específico. A judicialização de Loewenstein era um fenômeno diretamente relacionado ao inciso 1 do art. 93 da Constituição alemã (Lei Fundamental, de 1949):

O Tribunal Constitucional Federal decide: 1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior (ALEMANHA, 1949, *online*).

Ou seja, para além de árbitro dos conflitos federativos e de fiscal da constitucionalidade das leis (competências previstas na constituição austríaca de 1920), a Constituição alemã de 1949 conferiu ao Tribunal Constitucional o poder de arbitrar todos os conflitos políticos, inclusive entre os órgãos da União (horizontais).

A preocupação de Loewenstein reside na avaliação que fazia da inaptidão do tribunal constitucional para resolver conflitos políticos e os efeitos imprevisíveis de uma decisão dessa envergadura tomada por um órgão sem lastro fático de poder e de representatividade eleitoral. O desenho institucional da Constituição alemã produziu outra anomalia inevitável: os órgãos políticos seriam tentados a levar suas demandas políticas frustradas ao tribunal, que se consideraria obrigado a substituir as decisões tomadas pelos órgãos políticos por sua decisão política (“camuflada na forma de sentença judicial”), e, como efeito, o sistema governamental seria convertido no “domínio dos juízes ou em uma judiciocracia” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 324-325).

Para Loewenstein, o problema fundamental da judicialização da política era, sobretudo, a ausência de controle sobre o órgão judicial – “*quis custodiet custodes?*” –, afinal, os órgãos políticos são, pelo menos, controlados pelos eleitores em uma democracia.

### 3.3.4 Benjamin Constant e o poder moderador

Desde Kelsen, pelo menos, o tema da judicialização da política, ou a temática antecedente, tem se tornado incompreensível, provavelmente pela indefinição entre a doutrina da separação de poderes enquanto expressão da teoria do governo misto e a doutrina da separação de poderes enquanto expressão da teoria democrática (ou da doutrina da supremacia legislativa).

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

O desenho da doutrina da separação de poderes de Montesquieu é herdeiro da teoria do governo misto, portanto não implica o fundamento democrático, mas o equilíbrio entre órgãos e procedimentos monárquicos, aristocráticos e democráticos. Nos dias de hoje, de hegemonia da retórica democrática, a teoria do governo misto é, muitas vezes, erroneamente descrita como um desenho que incluía um rei hereditário e uma nobreza de sangue; não é esse o espírito, como habilmente perceberam os norte-americanos.

Para além de Políbio e de Montesquieu, talvez a última relevante contribuição original à teoria do governo misto tenha sido a de Benjamin Constant, embora a difusão da sua doutrina no século XX tenha sido insignificante<sup>19</sup>. Benjamin Constant considerou que a doutrina de Montesquieu carecia de complemento, um poder neutro que equilibrasse todos os demais, sem se confundir com nenhum deles<sup>20</sup>.

Além dos três poderes<sup>21</sup>, Constant (2005, p. 19) distinguiu organicamente as funções de chefe de Estado das funções de chefe de governo, isto é, distinguiu as atribuições do rei (poder real ou poder neutro) das atribuições do gabinete (ou seja, do poder executivo). O poder neutro de Constant não exerceria nenhum poder direto, mas impediria os excessos de cada um dos outros órgãos e, principalmente, promoveria a cooperação entre eles. Nesse sentido é que o poder neutro é um poder passivo em contraste com os outros três poderes ativos: legislar, administrar e julgar.

A doutrina de Benjamin Constant merece dois destaques. O primeiro é que idealiza um tipo peculiar de órgão político (um tipo peculiar de poder), aquele que está acima de todos os outros, controla todos os outros, arbitra (indiretamente) os conflitos entre todos os outros, mas não exerce propriamente poder nenhum; pois o poder neutro não pode julgar crimes (e, portanto, não pode condenar), mas pode indultar; não pode legislar, mas, sem a sanção, as leis não têm força obrigatória; não administra, mas pode demitir o ministério; em direção inversa, o poder neutro nomeia os juizes, mas não pode demiti-los; pode dissolver o parlamento, mas está obrigado a convocar outro; pode nomear os ministros, mas estes são responsabilizáveis por seus atos. Para Constant (2005, p. 17), esse é o único desenho institucional que poderia assegurar a liberdade, na adequada “distribuição e equilíbrio dos poderes”.

---

<sup>19</sup> Talvez a única menção relevante tenha sido de Schmitt (2007), em *O guardião da constituição*.

<sup>20</sup> As duas publicações mais conhecidas são *Princípios de política aplicáveis a todos os governos representativos*, de 1815, e *Reflexões sobre as constituições e as garantias*, de 1814; ambas foram reunidas em edição brasileira sob o título *Escritos de política*. Esboços da doutrina do poder neutro já estavam presentes em outra obra de Benjamin Constant, *Fragmentos sobre a possibilidade de uma constituição republicana em um grande país* (1810), e em *Analyse Raisonné de la Constitution Française*, de Stanislas de Clermont-Tonnerre, de 1791.

<sup>21</sup> Benjamin Constant distinguia cinco poderes. Além de dividir o Poder Executivo em poder executivo e poder neutro, dividiu o Poder Legislativo em poder representativo de duração (aristocrático) e poder representativo de opinião (popular).

O segundo destaque é que a doutrina de Benjamin Constant não serviu apenas como apologia ao governo misto (à monarquia equilibrada), mas também como severa crítica à democracia jacobina e, portanto, às doutrinas da supremacia legislativa:

O erro dos que, de boa-fé em seu amor à liberdade, concederam à soberania do povo um poder sem limites vem da maneira como se formaram suas ideias em política. [...] Numa sociedade fundada na soberania do povo, é certo que não cabe a nenhum indivíduo, a nenhuma classe, submeter o resto à sua vontade particular, mas é errado que a sociedade inteira possua sobre seus membros uma soberania sem limites (CONSTANT, 2005, p. 8-9).

Assim, Benjamin Constant pretendeu ter resolvido, antecipadamente, a questão formulada por Karl Loewenstein, 150 anos depois, - *quis custodiet custodes?*: o poder neutro, porque não disporia de poder ativo para cometer abusos<sup>22</sup>.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DOCTRINA DA SUPREMACIA LEGISLATIVA: OS LIMITES DO DISCURSO DEMOCRÁTICO

##### 4.1 O VERDADEIRO RIVAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DEMOCRACIA

Hans Kelsen iniciou um dos capítulos de *Teoria geral do direito e do Estado* com a seguinte assertiva: “a revisão judicial de legislação é uma transgressão evidente do princípio de separação de poderes” (KELSEN, 1990, p. 385). É o mesmo Kelsen que reconheceu que o legislador também executa quando aplica a constituição e que o juiz também legisla quando discricionariamente prolata a sentença. A confusão é provocada porque se está tratando de duas ideias distintas. Uma é a teoria jurídica dos atos estatais, a outra é uma teoria prescritiva com forte apelo histórico. Para Kelsen, não há distinção lógica ou ontológica entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; a distinção formatada no princípio da separação de poderes seria histórica e estaria associada às mutações da monarquia constitucional europeia e aos rearranjos da distribuição das competências entre parlamento, monarca e tribunais (KELSEN, 1990, p. 402).

“A significação histórica do princípio chamado “separação de poderes” encontra-se precisamente no fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes” (KELSEN, 1990, p. 402). O preceito democrático pressupõe exatamente o oposto: a concentração do poder no povo (na maioria), ou, o que é comum, no legislativo (doutrina da supremacia legislativa) (KELSEN, 1990, p. 403).

<sup>22</sup>Curiosamente, no Brasil, dos poucos países a instituir expressamente o poder neutro (como “poder moderador”), o último monarca, pouco antes do fim do regime, teria considerado a possibilidade de instituir uma suprema corte para exercer as prerrogativas do poder real (poder neutro). Cf. Rodrigues (s. d., p. 1), em *História do Supremo Tribunal Federal*.

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

Ao contrário da afirmação de Kelsen, entretanto, a depender das circunstâncias, o protagonismo judicial por si, mesmo a judicialização da política pura, não consiste na violação da doutrina da separação de poderes de Montesquieu, da doutrina de freios e contrapesos ou da maioria das doutrinas de separação de poderes que gravitam nesse entorno.

O que causa confusão é a incompatibilidade da judicialização da política, especialmente da judicialização da política pura, com alguma versão da doutrina rígida da separação de poderes. Entretanto, como já vimos, essa doutrina rígida teve pouca ou nenhuma aplicabilidade histórica. Em verdade, a doutrina rígida da separação de poderes teve melhor acolhida como pressuposto relativo da doutrina da supremacia legislativa, apenas na medida em que distingue o órgão (e a pessoa) legislador do aplicador da lei (como corolário do Estado de direito).

O verdadeiro impasse, portanto, em relação à judicialização da política não é a sua incompatibilidade com a doutrina da separação de poderes, mas a sua suposta incompatibilidade com a doutrina da supremacia legislativa, ou, na linguagem atual, com a doutrina democrática.

Nesse contexto, o problema da falta de legitimidade eleitoral dos juízes ordinários e, especialmente, dos juízes dos tribunais superiores é crucial. Três argumentos tentam compatibilizar a judicialização da política à democracia: o de que a vontade do povo se manifesta na constituição, e não na legislação; o de que o povo se manifesta na representação discursiva, melhor que na representação eletiva; e o de que a democracia não consiste na expressão da vontade do povo ou da maioria, mas no exercício de direitos.

Nos três argumentos, o conceito de democracia é mitigado a tal ponto que se contradizem com o próprio pressuposto democrático, que é a absoluta confiança no homem comum e na decisão majoritária. As desconfianças a respeito desse pressuposto manifestam, de forma inconsciente ou camuflada, a refutação do valor democrático.

As teorias do governo misto desconfiam da democracia sem refutá-la integralmente, incorporando elementos democráticos relevantes em outra forma de governo: a *politeia* ou república. Não comporta aqui subterfúgios. Os elementos democráticos na república, como bem distinguiu Madison, não tornam a república uma democracia, pelo contrário.

#### 4.2 O DISCURSO DOS DIREITOS E A OCLOCRAZIA (ANARQUIA): NO LIMIAR DA DEGENERAÇÃO INEVITÁVEL DAS FORMAS SIMPLES DE GOVERNO

Para Políbio (2000, p. 148), as formas puras de governo tendem a degenerar no seu inverso. Assim, as democracias tendem a degenerar em oclocracias, ou seja, o governo da maioria degenera em governo das massas. Sob outro ponto de vista, as



democracias que almejam o bem comum (e a proteção da liberdade) degeneram em oclocracias que almejam apenas a satisfação dos interesses das massas (independentemente da proteção da liberdade).

Antes de Políbio, Platão também distinguiu dois tipos de democracia: a democracia conforme o direito e a democracia em desconformidade com o direito (PLATÃO, 1991, p. 67); sendo que ambas, como governo das massas (PLATÃO, 1991, p. [a239]), seriam formas degeneradas (a pior das formas de governo) (PLATÃO, 1991, p. [b245]).

Assim, ajustando a linguagem dos dois, Políbio e Platão, o excesso de democracia resulta na sua forma degenerada, a oclocracia:

- Sobrevêm a mesma enfermidade que na oligarquia, e que a deixava a perder; nascendo, aqui também, da liberdade de fazer tudo, torna-se mais amplo e mais forte, até reduzir a democracia à escravatura. É que, na realidade, o excesso costuma ser correspondido por uma mudança radical, no sentido oposto, quer nas estações, quer nas plantas, quer nos corpos, e não menos nos Estados.
- É natural.
- A liberdade em excesso, portanto, não conduz a mais nada que não seja a escravatura em excesso, quer para o indivíduo, quer para o Estado.
- É possível, realmente.
- É natural, portanto, que a tirania não se estabeleça a partir de nenhuma outra forma de governo que não seja a democracia, e, julgo eu, que do cúmulo da liberdade é que surge a mais completa e mais selvagem das escravaturas (PLATÃO, 1991, p. 396).

Mesmo Rousseau (1996, p. 175) advertia sobre os perigos da degeneração do governo democrático em oclocracia. O domínio das facções, isto é, a sobreposição dos interesses parciais, ainda que sejam os interesses da maioria sobre a vontade geral (o bem comum, o interesse geral), é a expressão degenerada da democracia, ou seja, é a própria oclocracia (ROUSSEAU, 1996, p. 92).

Essa degeneração democrática pode acontecer de duas maneiras: pelo domínio da facção majoritária, como apontou Rousseau, denominada modernamente de tirania da maioria; e pelo excesso de liberdade individual (direitos), ignorando o respeito ao direito comum (a lei geral). Em ambas as situações, a busca pelo bem comum é substituída pela fruição de interesses parciais (seja da maioria, seja de cada indivíduo).

A crença democrática é que o povo, a maioria ou os cidadãos seriam capazes de evitar a degeneração. A crença republicana (governo misto) é que apenas uma engenharia institucional monárquica-aristocrática-democrática seria capaz de evitar a degeneração inevitável das formas simples de governo.

A judicialização da política pura (judicialização da megapolítica) é uma manifestação da descrença com a democracia, o que não significa dizer que seja uma

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

manifestação necessariamente republicana, cada arranjo institucional considera suas circunstâncias peculiares.

Considerou-se, nesta pesquisa, que a doutrina da separação de poderes de Montesquieu é sobretudo herdeira da teoria do governo misto. Políbio não utilizou a expressão “governo misto”, nem Aristóteles, nem Platão, nem Hamilton, nem Madison. O governo equilibrado, o governo para o bem comum, o governo da vontade geral, o governo da lei sempre foram denominados de *politeia* ou república.

## 5 REPAROS E RESSALVAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PECULIARIDADE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA

Costuma-se dizer que a judicialização da política no Brasil é muito mais extensa e intensa que em qualquer lugar do mundo. Embora não se tenha sempre muita clareza sobre o seu sentido, o tema arrebatou críticos e apoiadores e, muito frequentemente, ambos na mesma pessoa a depender do interesse atendido ou prejudicado. Para além dessas considerações do senso comum, tão popularizadas dentro e fora do ambiente acadêmico, há de se reconhecer certo mal-estar com isso que chamam de judicialização da política ou de ativismo judicial.

Não é difícil encontrar exemplos brasileiros, nos últimos trinta anos, que possam ser associados a cada uma das inúmeras dimensões e subdimensões da judicialização da política. Desde o tecnicismo das comissões de constituição e justiça e das comissões parlamentares de inquérito (3ª dimensão), pela infinidade de decisões judiciais, em todas as instâncias, invalidando atos ordinários da administração, deixando de aplicar leis, determinando aos particulares e ao poder público procedimentos e obrigações (2ª dimensão), até decisões do Supremo Tribunal Federal suspendendo a aplicação de emenda constitucional e mesmo revogando norma constitucional originária (1ª dimensão).

Com relação à terceira dimensão, não se percebe mal-estar. Pelo contrário, há certa satisfação do senso comum em incorporar tecnicismo e racionalidade instrumental ao serviço público.

Com relação à segunda dimensão, o mal-estar é, em certa medida, paradoxal. A ampliação do acesso à justiça e a ampla positivação de direitos de todo tipo são bem-vistos, entretanto a extensa e intensa atividade judicial resultou na sensação de incerteza jurídica; praticamente todos os aspectos da vida são judicializáveis, ainda que a percepção seja de que as respostas do sistema judicial são imprevisíveis.

Aqui merece o primeiro reparo às impressões do senso comum. A eventual incapacidade de o sistema judicial brasileiro produzir decisões sistemicamente certas e coerentes, ou seja, produzir decisões racionalmente previsíveis, não pode ser considerada

efeito da judicialização da política, mas efeito de planejamento e gestão judiciários ineficientes.

O segundo reparo pode invalidar o primeiro. Mereceria estudo empírico para constatar se o sistema judicial brasileiro é efetivamente imprevisível (isto é, se as decisões judiciais seriam incertas). Ainda que para o cidadão comum o sistema judicial seja excessivamente fechado e incompreensível, provavelmente para o advogado, o juiz e o professor de direito parte significativa das demandas judiciais são resolvidas como previstos em *standards* decisórios.

Em todo caso, o sistema político brasileiro possui mecanismo de controle da extensão e da intensidade do protagonismo judicial (no âmbito da judicialização da política ordinária, isto é, da segunda dimensão). Os tribunais intermediários e superiores ainda têm a sua composição determinada relativamente pelo chefe do executivo, de modo que esses tribunais poderiam atuar como cortes de cassação induzindo a atuação judicial mais restritiva pelos juízes. Se o protagonismo é dos tribunais, do mesmo modo, a escolha criteriosa de desembargadores e ministros induziria à postura autorrestritiva.

Por outro lado, o protagonismo judicial é proporcional à intensa positivação de direitos. A autorrestrição legislativa ou mesmo a revogação de legislação concessiva de determinados direitos produziria o efeito da proporcional redução de demandas ou de decisões judiciais<sup>23</sup>.

Com relação à primeira dimensão, o mal-estar tornou-se mais intenso, gradativamente, no decorrer dos últimos quinze anos. Esse mal-estar é proporcional à exposição pública do Supremo Tribunal Federal. Para fins argumentativos, essa dimensão pode ser dividida em três aspectos: a fiscalização eleitoral, o controle de constitucionalidade, a judicialização da vida (árbitro de questões fundamentais de valores). O aspecto adicional de árbitro dos conflitos políticos não parece ser pertinente no Brasil.

A judicialização da fiscalização eleitoral não é particularidade brasileira, é mecanismo bastante difundido de estabelecer um árbitro imparcial para conduzir as eleições e assegurar o respeito às regras do jogo. No caso brasileiro, geralmente, parece preservada a imparcialidade (não partidarização) dos tribunais eleitorais. Entretanto, o mal-estar se manifesta nas constantes alterações das regras eleitorais e pela ainda malsucedida tentativa de “limpar” a disputa eleitoral. Parece que o desenho institucional do Tribunal Superior Eleitoral é, em certa medida, responsável pelo primeiro mal-estar; o procedimento de recrutamento dos ministros e a alta rotatividade no cargo impedem a formação de jurisprudência estável.

---

<sup>23</sup>O relativamente recente exemplo da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) reforça essa conjectura.

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

A constituição de 1988 conferiu amplos poderes de controle de constitucionalidade das leis ao Supremo Tribunal Federal. Esses poderes foram ampliados com a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004). A extensão e a intensidade da judicialização da política nesse aspecto é o resultado, provavelmente, da facilidade de acesso, o que amplia quantitativamente as demandas, e da variedade de instrumentos decisórios, o que intensifica os efeitos da decisão. Os relatórios destacam o número alto de demandas recebidas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>24</sup>, o que leva à ilação não apenas do agigantamento do poder judiciário como da sua relevância e, ainda, da sua superioridade em relação aos outros poderes. A sistematização desses dados, entretanto, tem demonstrado que, a despeito do alto número de demandas, relativamente, o número de julgamentos é baixo e a relevância dos julgados também é menor do que faz parecer; além do que, os julgamentos raramente afetam leis relevantes<sup>25</sup>. Episódios que causam perplexidade, como a não aplicação da Emenda Constitucional nº 52/2006 ou a derrogação do art. 52, X,<sup>26</sup> da Constituição sob o argumento da mutação constitucional são raros e não causam impacto permanente no sistema político. Recorrentes manifestações públicas de ministros isolados sobre a posição privilegiada de intérprete supremo da constituição também não resultam em maiores consequências para o sistema político.

Assim, o terceiro reparo é que a judicialização da política pura, no aspecto do controle de constitucionalidade, é muito mais retórica do que efetiva no Brasil.

O quarto reparo é uma ressalva ao segundo. Apesar de poucos casos e de impacto prático relativamente mitigado, a atuação do Supremo Tribunal Federal como fiscal da constitucionalidade material de emendas constitucionais e como poder constituinte reformador (VIEIRA, 2008) merece toda atenção, pelo menos, na sua dimensão simbólica. Nesse caso, o ativismo judicial ou a judicialização da política pura se fazem evidentes<sup>27</sup>.

O quinto reparo é um acréscimo. É no âmbito do controle de constitucionalidade, sobretudo, que grupos de interesse e partidos de oposição ampliam a arena da disputa política (principalmente partidária ou ideológica) por meio das demandas judiciais. Os números demonstram o relativo insucesso dessas demandas em termos de decisão favorável, o que não revela os ganhos políticos e simbólicos indiretos.

---

<sup>24</sup>“Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história” (VIEIRA, 2008, p. 447).

<sup>25</sup>Cf. o estudo de Thamy Pogrebinski (2012), *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*.

<sup>26</sup>ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ (aplicação da doutrina que ficou conhecida como “abstrativização do controle difuso”).

<sup>27</sup>Para leitura adicional sobre o tema, cf. Dettmam (2017), *Concentração, divisão e controle do poder legislativo*.

O terceiro aspecto da segunda dimensão pode ser denominado, na falta de expressão melhor, de judicialização da vida. Refere-se à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de questões valorativas fundamentais, não de questões políticas (ou de governo) propriamente. Nesses casos, é que a atuação como legislador positivo do Supremo Tribunal Federal se manifesta com mais intensidade. A fragmentação do corpo político permite esse protagonismo judicial.

O sexto reparo diz respeito aos reais efeitos dessas decisões, se simbólicos ou se efetivamente alteram relações jurídicas, sociais e econômicas. Nesse terceiro aspecto, não parece haver mal-estar com a judicialização da política, mas com cada decisão especificamente. Não parece haver disposição do executivo ou do legislativo para decidir sobre essas questões controvertidas.

Com relação ao quarto aspecto, não parece que o Supremo Tribunal Federal atue como árbitro de conflitos políticos (horizontais)<sup>28</sup>. Quando atua como árbitro de conflitos federativos parece que tem decidido tendenciosamente a favor de maior centralização.

O mal-estar com a judicialização da política no Brasil, portanto, é um equívoco. O mal-estar é com o planejamento e a gestão do sistema judiciário pouco eficiente e contraditório e não com a expansão do poder judiciário.

A tendência de partidarização dos tribunais, entretanto, leva à necessidade de novos desenhos para recrutamento de ministros e desembargadores e novos procedimentos de decisão, tornando os órgãos judiciais, ainda que desempenhando funções legislativas ou políticas, mais judiciais (ou seja, mais técnicos, mais independentes, mais imparciais, mais estáveis), para evitar, como advertiu John Ferejohn, a politização da justiça. Nesse contexto, considerando o caso brasileiro, além da preocupação com novos parâmetros para escolha dos ministros, parece de extrema importância redesenhar o modelo de decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, talvez a vedação de decisões monocráticas e mesmo a instituição de quórum especial de decisão poderiam produzir efeitos significativos para melhor eficiência e coerência e, assim, reduzir esse mal-estar.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De certo modo, a primeira causa do mal-estar da judicialização da política é o problema semântico, a dificuldade de se adotar um sentido comum nas discussões sobre o tema. Clarificar os termos do debate elucidaria boa parte da controvérsia.

---

<sup>28</sup>Não parece ter pertinência a esse estudo a atuação do Supremo Tribunal Federal no que Oscar Vilhena denomina de “pequenas causas políticas” (VIEIRA, 2008, p. 449).

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

Outra causa do mal-estar está na incompreensão a respeito do seu suposto rival, a doutrina da separação de poderes. A confusão que se faz a respeito da teoria de Montesquieu, bem como de seus antecedentes e sucessores imediatos, refletem também em mais ambiguidade a respeito da judicialização da política. Essas relações entre judicialização da política e separação de poderes se tornam ainda mais desengonçadas com o tratamento anacrônico que geralmente se dá à segunda categoria, aplicando-se fórmulas e argumentos do século XIX no século XXI.

Por fim, a terceira causa desse mal-estar está oculta; o argumento comum que trata a judicialização da política como anomalia da separação de poderes oculta o verdadeiro rival da judicialização: a hegemonia democrática, ou seja, o desprezo (ou a descrença) em relação à democracia como causa (ou contexto propulsor) da judicialização.

No Brasil, particularmente, a importação distorcida da retórica democrática e da retórica da judicialização agravam o mal-estar.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. Por um conceito operacional de judicialização da política. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2020, Recife. **Anais [...]**. Recife, 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DETTMAM, Deborah. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular**. 2017. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

DOBROWOLSKI, Silvío. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. **Sequência**, Florianópolis, n. 39, 1999.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

FEREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, México D. F., v. 45, n. 184, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A constituição de 1988 e a judicialização da política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, 1994.

HAMILTON, Alexander; James, MADISON; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Lider, 2003.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: GOODIN, Robert E. (ed.). **The Oxford Handbook of Political Science**. [S.l.]: Oxford University Press, 2011.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição (a justiça constitucional). **Revista Direito Público**, Brasília, n. 1, 2003a.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição. In: KELSEN, Hans. **Juridição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1970.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária**. Brasília: Edições Câmara, 2016.

O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática

ÖHLINGER, Theo. Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austríaco: una retrospectiva crítica. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, México D. F., n. 5, 2006.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, 2015.

PLATÃO. **A república**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

PLATÃO. Político. In: PLATÃO. **Diálogos**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores).

POLÍBIO DE MEGALÓPOLIS. **Historia universal bajo la República Romana**. [S. l.]: Ediciones elaleph.com, 2000.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, s. d. Tomo 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y legitimidade**. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHAPIRO, Martin. Judicialization of politics in the United States. **International Political Science Review**, Ottawa, v. 15, n. 2, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.



WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

YATES, Robert (Brutus). Artigo 15. **The New-York Journal**. 20 de março de 1788.

### NOTA

O argumento deste artigo foi desenvolvido de forma dialogada pelos dois autores. A partir das discussões, a primeira versão do artigo foi redigida pelo primeiro autor, recebendo sucessivas revisões de forma, conteúdo e estilo da segunda autora.

### Como citar este documento:

MATOS, Nelson Juliano Cardoso; DETTMAM, Deborah. O mal-estar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 21, n. 36, p. 148-180, jan./abr. 2023.