



A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA E SUA AMEAÇA À DEMOCRACIA

Claudia Aniceto Caetano Petuba*

Resumo: O presente trabalho aborda o fenômeno da judicialização da política nas últimas décadas, os fatores que propiciaram seu surgimento e sua evolução que chega a incidir sobre um nível mais elevado da política, denominado de megapolítica. Aborda a necessidade que este fenômeno possui de um regime democrático para poder prosperar e as simultâneas ameaças que ele produz à democracia, pois retirada do povo o poder de decisões importante para os rumos da nação e do Estado para delegar ao Judiciário, poder sem atuação política e competência para tanto.

Palavras-chave: Judicialização. Política. Megapolítica. Democracia. Excessos.

THE JUDICIALIZATION OF MEGAPOLYTICS AND ITS THREAT TO DEMOCRACY

Abstract: The present work deals with the phenomenon of the judicialization of politics in the last decades, the factors that allowed its emergence and its evolution that comes to focus on a higher level of politics, called megapolitics. It addresses the need that this phenomenon has of a democratic regime to be able to thrive and the simultaneous threats that it produces to democracy, since it removes from the people the power of decisions important for the direction of the nation and the State to delegate to the judiciary, power without political action and competence to do so.

Key-words: Judiciary; Policy; Megapolitics; Democracy; Excesses.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a expor as ameaças que o fenômeno da judicialização da megapolítica traz ao regime democrático. Para diversos autores como Ana Paula Barcellos, a relação entre o Direito e a Democracia é um dos temas fundamentais do direito constitucional contemporâneo, pois além de integrarem os modelos dos Estados modernos, há entre eles uma tensão permanente e inevitável (BARCELLOS, 2018, p. 25). Importante inicialmente compreendermos o sentido embrionário de cada uma dessas áreas para posteriormente entendermos as transformações ocorridas nas últimas décadas.

* Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Alagoas-IESA e em Administração pela Universidade Federal de Alagoas-UFAL, especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera e em Gestão Pública pela UFAL, mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa-UAL (POA). E-mail: claudiapetuba@gmail.com



A Política surgiu na Antiguidade pelos gregos, como um conjunto de tudo que se referia à vida na cidade, nasceu da separação das autoridades do chefe de família, do chefe militar e do chefe religioso, que fizeram surgir o poder público; para Platão a política é compreendida como vida justa e para Aristóteles como vida boa. Na Idade Média a teologia cristã transformou o poder político numa graça divina, desdobrando-se a justiça numa ordem natural e numa ordem social. Maquiavel transforma essa visão no século XVI ao definir a política como o exercício do poder, não se tratando, portanto, de justiça ou graça divina, sendo bom governante aquele que é o senhor das circunstâncias. Jean Bondin define o soberano como aquele que possui o poder da decisão, não apenas aquele que faz, promulga e abole as leis, desta forma se molda a soberania do Estado. Hobbes concebe a ideia de contrato social que influenciou o poder político ocidental como sendo o poder soberano exercido pelo Estado (TONELLI, 2013, p. 18-20).

Já a megapolítica é tida como a política que trata dos assuntos que remetem à uma significância política maior, como os que definem a identidade coletiva de um povo, a construção de uma nação, a estruturação do Estado, seu regime político e o processo eleitoral, discussões sobre guerra e paz.

O Direito, com suas normas jurídicas, é uma das espécies das normas sociais que indicam um dever-ser, composto pelas regras ou padrões de conduta que uma dada comunidade determina como devem ser praticadas ou evitadas através do Estado. As normas jurídicas são aquelas “às quais o Estado atribui *status* diferenciado, associando consequência que poderão ser exigidas coativamente”. A principal escola que influenciou o direito brasileiro é a romano-germânica em que “a principal fonte do direito é a lei, elaborada pela autoridade competente: no contexto de um Estado Democrático de Direito, por órgãos eleitos democraticamente”; diferente da influência inglesa, denominada *common law* em que “o direito não é propriamente criado por uma autoridade competente, mas trazido à tona ou revelado pelo Tribunais... e não de uma lei positiva editada pelo Legislativo” (BARCELLOS, 2018, p. 04). Para Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito, uma norma para produzir efeitos precisava ser válida e coercitiva, não importando se seria verdadeira ou falsa, havendo uma clara distinção entre os limites do político e do jurídico.

Já judicializar a política significa levar algo de natureza política à juízo, provoca o Judiciário para que ele se posicione sobre conflitos que, ao menos em tese, deveria ou poderia



ser travado na seara política ou pelos representantes do povo no exercício das suas funções, sejam eles integrantes do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. A judicialização é promovida tanto por parte dos operadores do direito como pelos próprios legislador e agentes políticos. No entanto, o fenômeno da judicialização não incide apenas sobre temáticas da seara política, mas sobre temas ligados aos diversos tipos de relações sociais, sejam da esfera pública ou privada.

Tais conflitos vêm afetando a democracia, um destes é intitulado de politização do Judiciário, fenômeno evidenciado de forma mais recorrente nas últimas décadas, tem gestado debates acirrados ao lado dos debates sobre a judicialização da política. Agrega caráter político ao Poder concebido inicialmente como o Poder que não atuaria politicamente, faz surgir questionamentos sobre a função do Poder Legislativo, que diferente do Judiciário possui composição de representantes eleitos pelo povo. Com essa transferência de decisões políticas do Legislativo para o Judiciário a democracia seria concebida de forma exclusiva como uma forma de governo e o Estado Democrático de Direito reduzido ao Estado de Direito.

O objetivo principal do presente trabalho é apresentar os motivos que fazem o fenômeno da judicialização da megapolítica afetar o pleno funcionamento do regime democrático. Como metodologia, foi realizada pesquisa bibliográfica sobre os temas judicialização da política e democracia, investigando as obras, artigos e periódicos. Foi utilizando como método o dedutivo.

1. Judicialização da megapolítica

A judicialização da política é um fenômeno nascido nos marcos do neoconstitucionalismo, como consequência de outros fenômenos como a expansão do Poder Judiciário e a ampliação do conjunto de direitos positivados nas cartas constitucionais. Faz com que as diferenças funcionais existentes entre o Direito e a Política se percam e embaralhem estes subsistemas.

Embora tenha sido citada pontualmente há alguns séculos, como denunciado pelo principal expoente desta geração, Tocqueville em 1832, que em sua obra mencionou que “não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e



daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas” (TOCQUEVILLE Apud ELÓI; TEIXEIRA, 2014 p. 62).

Aflorou no mundo com veemência após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Seja na Europa, na América Latina ou no Brasil, o fim de regimes ditatoriais que necessitaram da elaboração de novas Constituições para o novo período, que previram a criação de Cortes Constitucionais e a submissão à Tribunais Internacionais, foram o estopim para a era da judicialização. No Brasil os principais fatos históricos foram o fim do regime/ditadura militar (1964-1985) e a promulgação da vigente Constituição Federal em 1988.

Após estes fatos, as Constituições passaram a ter maior força normativa, na maioria delas foram incluídos tema políticos em seu texto, uma nova interpretação constitucional passou a predominar, onde o formalismo, positivismo jurídico e soluções pré-definidas foram superados para dar maior vazão à interpretação e à argumentação.

No caso brasileiro foi acrescido pela concepção de um controle de constitucionalidade misto, bem como a criação de legislações especiais para aprofundar normas trazidas no texto constitucional, como exemplo as leis que criaram os Juizados Especiais, as que criaram proteções ao consumo e faixas etárias como a legislação para crianças, adolescentes e idosos, contribuíram para a ampliação da atuação do Judiciário em questões sociais e políticas; assim as Supremas Cortes se transformaram em uma das principais esferas de tomada de decisão.

Barroso afirma o Judiciário brasileiro, principalmente o Supremo tribunal Federal-STF, resistia em adotar essa postura, mas a partir dos anos 2000 passou a progressivamente adotar essa postura disfuncional (BARROSO, p. 27).

Para Maciel e Koerner, “no sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado” (MACIEL; KOERNER, 2002, p.117), além de ter gestado mudanças de postura na atuação do Judiciário, afetou toda a lógica de funcionamento do Estado predominantes até então desde a concepção da sua teoria tripartite concebida na sua versão acabada por Montesquieu.

A judicialização da política, já considerada excessiva, evoluiu nas últimas décadas para atingir um nível mais elevado da política, denominado por Ran Hirschl de megapolítica, pelo fato de incidir sobre questões políticas além das governamentais e constitucionais, por



adentrar em questões que definem questões centrais à um Estado, incluindo a relações intergovernamentais, supraconstitucionais:

A judicialização da política estendeu-se para além das questões de direito ou de cooperação transnacional para englobar o que podemos chamar de megapolítica: assuntos de grande e patente significância política que muitas vezes definem e dividem Estados inteiros. Tais assuntos vão desde resultados eleitorais e corroboração de mudanças de regime até questões de guerra e paz, de identidade coletiva fundamental e de processos de construção de uma nação relativos à própria natureza e definição da mesma” (HIRSCHL, 2012, p. 28).

Os assuntos políticos são formulados como se fossem questões constitucionais, logo, deixariam de ser de competência dos políticos ou do poder público para ser de competência dos tribunais. Para o ex-presidente da Suprema Corte de Israel, Aharon Barak, classificado como um operador do direito proativo, defendia que “nada fica além do âmbito do *judicial review*; o mundo está preenchido pela lei; tudo é passível de julgamento” (HIRSCHL, 2012, p. 28).

A deferência do Legislativo com o Judiciário “para esclarecer e resolver controvérsias morais fundamentais e questões políticas altamente contenciosas, e transformaram tribunais superiores nacionais em influente órgãos políticos de tomada de decisão” evidencia um rebaixamento da capacidade política do poder com competência originária para tal atuação. O que Ran Rirschl chamou de trem da judicialização, para o canadense, deixou de ser apenas sinônimo da jurisprudência de direitos e do ativismo judicial para alcançar a megapolítica (HIRSCHL, 2012, p. 29-30).

Ran Hirschl classifica os estudos, realizados por diversos autores de variados países, sobre o tema em quatro categorias: funcionalista, quando monitora o Estado administrativo, cria políticas ao invés de solucionar conflitos; centrada em direitos, quando movimentos, grupos e indivíduos invocam as normas através de litígios estratégicos; institucionalista, quando há relação com os regimes democráticos e federados, que subsidia a governança democrática e atua sob seu produto; e, centradas nos tribunais, quando tribunais e juízes seriam os principais propulsores da expansão do Judiciário, onde ministros que não são eleitos tomam o poder das autoridade que são eleita pelo povo. Para ele “nenhuma dessas quatro abordagens leva suficientemente a sério a conceituação dos tribunais como instituições políticas” (HIRSCHL, 2012, p. 30-33).

Além das classificações elencadas acima, Rirschl atribui à judicialização da megapolítica duas roupagens, uma primeira roupagem é a estruturalista, onde a judicialização é motivada por características orgânicas do próprio sistema político vigente, e outra segunda é



a realista, em que a judicialização é um produto das escolhas e interesses de pessoas poderosas que atuam de forma estratégica com interesses políticos pessoais (HIRSCHL, 2012, p. 47-48).

O surgimento de cortes e tribunais internacionais com atuação supranacional estimulou a judicialização de um nível político mais elevado, com o advento dos Tribunais Constitucionais e sua crescente atuação ativistas deu maior destaque aos direitos humanos internacionais, citamos como exemplo caso da Espanha em 2005, quando sua Corte Constitucional “decidiu que os tribunais espanhóis poderiam julgar ações relativas a genocídio e crimes contra a humanidade, independente de cidadãos espanhóis estarem envolvidos ou serem afetados diretamente” (HIRSCHL, 2012, p. 41), ou seja, além de se extrapolar competências quanto às matérias nacionais, houve também o extrapolamento territorial das pautas para Cortes Nacionais adentrarem em pautar internacionais. O mais chocante neste caso da Espanha, é o fato dos tribunais gozarem da prerrogativa de atuar num caso internacional, mesmo quando não houver dano à algum dos seus cidadãos.

A maioria dos tribunais constitucionais passou a ter no rol das suas competências a legitimidade para atuar em questões até então exclusivas do Legislativo ou até mesmo do executivo, discutir “a legitimidade de um regime, a identidade coletiva de uma nação ou a conciliação de um Estado com episódios desagradáveis do seu passado” (HIRSCHL, 2012, p. 36). Rirschl destaca que estes temas remetem à dilemas políticos e morais que tocam as questões centrais de um povo, não se tratam de dilemas judiciais, deveriam, portanto, serem decidias pelo próprio povo ou pelos representantes que ele escolher de forma majoritária, e prossegue:

“Embora os tribunais possam constituir um cenário adequado – talvez mesmo o melhor, tanto em termos de sua posição institucional em uma democracia quanto em termos da expertise dos juízes – para avaliar as provas, determinar a responsabilidade por uma infração ou para lidar com questões de justiça processual e imparcialidade, não fica claro, de forma alguma, o que faz deles o foro apropriado para decidir aqueles dilemas cuja natureza é pura e substantivamente política” (HIRSCHL, 2012, p. 36).

A justiça de transição é outra temática englobada pelos tribunais constitucionais neste último período, conferindo ao Judiciário a capacidade de revalidar ou “apagar” períodos inteiros da história de uma nação e, consecutivamente, do seu povo. Chamando para si a responsabilidade de definir como um povo deve se identificar já que a história é elemento formador de um povo, “uma busca política por legitimidade, uma falta de vontade política ou



de habilidade para confrontar passados nada deslumbrantes muitas vezes motivam a deferência para com os tribunais nessas questões” (HIRSCHL, 2012, p. 42).

Após pesquisa, podemos enxergar áreas ou categorias em que a megapolítica de divide: decidir o futuro político de líderes proeminentes, do processo democrático e do resultado de eleições nacionais; segunda, escrutínio judicial de prerrogativas essenciais do executivo nas áreas de política fiscal, relações exteriores e segurança nacional; terceira, corroboração de mudanças de regime; quarta, justiça de transição.

Destas, a área que mais agrega valor político é a que judicializa o processo democrático:

“A jurisprudência histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos em questões como financiamento de campanha, divisão arbitrária e injusta de território e redistribuição dos distritos eleitorais é bem conhecida. Tribunais de outros países são frequentemente chamados a julgar a aprovação ou a desqualificação de partidos políticos e de candidatos, ou a validade dos cadastros de eleitores. Em geral, as implicações políticas são elevadas... Nas últimas décadas, tribunais de diversos países – principalmente Argélia, Bangladesh, Bélgica, Índia, Israel, Espanha e Turquia – praticamente, ou literalmente, baniram partidos políticos de participar de eleições nacionais. Tais dissoluções de partidos políticos levantaram questões sérias sobre as fronteiras da democracia e sobre a própria definição do Estado, em especial Estados liberais e multiculturais” (HIRSCHL, 2012, p. 37-38).

A relação entre o Estado e as religiões tem sido outro recorrente objeto de questionamento nos tribunais constitucionais, principalmente nos Estados que não são laicos ou mesmo nos laicos em que a religião produz grande influência na identidade coletiva, como é o caso de Portugal em que mais de 90% da população se define como praticante do catolicismo. Em alguns Estados cresce o apoio da população à governos teocráticos onde os tribunais cumprem um papel no sentido de fortalecer o Estado num sentido teocrático.

Políticos fortalecem a judicialização para transferir responsabilidade, evitar decisões difíceis e polêmicas, oposições judicializam para atrapalhar governos ou aumentar exposição na mídia (independente do resultado). Em determinadas circunstâncias, os próprios atores políticos retiram de si competência para delegar ao Judiciário a resolução de questões que foram perdidas na arena política dos debates e judicializam para tentar reverter tal desfecho, ou antes mesmo de uma derrota, ao pressentirem que esta poderá acontecer, a prioridade é manter a hegemonia e a vontade política do grupo detentor do poder político e econômico:

Grupos socioeconômicos influentes, temerosos de perder seu controle sobre o poder político, podem apoiar a judicialização da megapolítica... dar poderes à tribunais constitucionais como manobra de preservação da hegemonia. Tais grupos e seus representantes políticos têm maior chance de apoiar a judicialização de questões formativas de construção de uma nação e de identidade coletiva quando sua hegemonia, visão de mundo e direito a privilégios e benefícios desproporcionais são



cada vez mais contestados em arenas decisórias majoritárias... pode ser vista como parte de um processo mais amplo por meio do qual elites políticas e econômicas, embora professando apoio à democracia, tentam isolar o fazer político substantivo das vicissitudes da política democrática. Visto desse prisma, há pouca diferença qualitativa entre as origens políticas de tribunais constitucionais, autoridade religiosas instituídas pelo Estado, bancos centrais e outros órgãos de planejamento vital, a Organização Mundial do Comércio e o Fundo Monetário Internacional” (HIRSCHL, 2012, p. 50-51).

A composição e procedimentos de nomeação para os tribunais superiores e para as cortes constitucionais ocorrem conforme decisão e influência dos quem detêm o poder político, “não importa como o processo é construído, ele sempre possui uma dimensão política importante... os pendores ideológicos de juízes de supremos tribunais têm probabilidade de combinar com o resto da elite política desses países” (HIRSCHL, 2012, p. 53). A ideologia que predomina num dado período histórico, para que seja de fato dominante, ela influencia não apenas as áreas do Estado que possuem originariamente poder política, mas todas as estruturas estatais – ou ao menos a maioria – bem como respaldo de determinada parcela da população.

Mas, da mesma forma que há uma atuação dos que praticam excessos na competência jurisdicional, há os que criticam nas produções literárias e acadêmicas das ciências jurídicas e também os que promovem reações adversas com o propósito de “cortar as asas de tribunais excessivamente ativos”. Dentre essas reações podemos citar “anulações legislativas de sentenças controvertidas, experimentação política com procedimentos de nomeação judicial e de duração de mandatos para assegurar a nomeação de juízes complacente e/ou bloquear a nomeação de juízes indesejáveis” (HIRSCHL, 2012, p. 54). Em diversos países passou a ser debate recorrente no meio acadêmico e político a necessidade de se promover uma Reforma do Judiciário, dentre outras reformas estruturantes defendidas, como é o caso da Reforma Política (que no Brasil é realizada de forma parcelada à cada processo eleitoral institucional), Reforma Tributária, Agrária e dos Meios de Comunicação.

Mesmo em países que não se tenha levantado o debate sobre uma reforma, alguns procuraram desenvolver mecanismos de controle, “reconhecendo a significância política crucial do judiciário, políticos em outros países do novo constitucionalismo optaram por estreitar o controle sobre o processo de nomeação judicial” (HIRSCHL, 2012, p. 56). Outros países deram “repostas políticas duras ao ativismo ou às intervenções indesejáveis por parte dos tribunais, ou mesmo ameaças verossímeis de instituição de tais repostas, podem ter um



efeito arrefecedor sobre os padrões decisórios judiciais” (HIRSCHL, 2012, p. 58). Mas, não são todos os países que detectam de forma majoritária tais fenômenos como negativos, outros promovem e endossam tais comportamentos:

“É uma ingenuidade presumir que questões políticas essenciais, do tipo descrito neste artigo, poderiam ter sido transferidas para os tribunais sem ao menos o apoio implícito de pessoas poderosas e influentes com interesses políticos. Isso não deveria surpreender aqueles que veem os tribunais como instituições políticas... não operam em um vácuo institucional ou ideológico... o retrato dos tribunais e juízes constitucionais como principais culpados da judicialização da política em todo o mundo é simplista demais. Pessoas poderosas com interesses políticos e estrategicamente motivadas são, no mínimo, tão responsáveis quanto aqueles” (HIRSCHL, 2012, p. 59-60).

Como já dito em parágrafos anteriores, para que a judicialização tenha crescido e produzido tantos efeitos, foi necessário que tenha tido respaldo de atores importantes da sociedade, principalmente de atores influentes na seara política e, principalmente, econômica.

Aliamos-nos aos que categorizam a judicialização da política como um fenômeno político e não como um problema jurídico, bem com Ran Hirschl, Barboza e Kozicki, em virtude dos fatores que promovem essa judicialização serem de origem política e muitas vezes promovida pelos próprios atores políticos.

Para Canotilho, “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar justiciabilidade das questões políticas” (CANOTILHO). Somamos esforços aos que compreendem que a vontade da maioria deve prevalecer e não ser afrontada com decisões políticas tomadas por instituições que não possuem competência para tanto, doutrina conhecida como autocontenção ou autolimitação judicial, em inglês conhecida como *self-restraint*.

2. Democracia, de condição necessária à ameaçada

A democracia é uma das possibilidades dentre os regimes políticos, considerada por Tonelli o regime dos conflitos, por compreender que o conflito é o combustível da democracia, caso seja vista apenas sob a perspectiva da lei e da ordem a democracia tende a refletir uma face autoritária e conservadora. Para Tonelli, “nenhum governo pode se utilizar de meios para sufocar os conflitos sociais, pois isso seria uma clara manifestação da prioridade da ordem em detrimento da justiça” (TONELLI, 2013, p. 38).

A democracia nasce da ânsia popular pela participação nas definições que ditam as características e rumos do Estado, é o regime onde o poder se origina no povo. Para Tonelli, com o surgimento da democracia surgem dois valores fundamentais na cena política com a



mesma influência até a atualidade: a liberdade e igualdade, que contribuem para a regulação da política até os dias atuais (TONELLI, 2013, p. 26). Nascida na Antiguidade, onde o poder era exercido nas assembleias do povo, diretamente pelos cidadãos, os necessariamente iguais; diferente da sua versão moderna, em que a vontade do povo é predominantemente exercida mediante representação, consiste na fonte do poder e dos direitos. Além da representação, outra distinção da forma democrática destes períodos é a relação entre a liberdade e a igualdade, inicialmente tratadas de forma indissociável, hodiernamente são valores que influenciam com pesos distintos, conforme a conotação que se pretende caracterizar (TONELLI, 2013, p. 27).

A igualdade possui um peso maior na democracia social, cujo ideal que se pretende alcançar é a justiça social, enquanto que na democracia liberal ou política é a liberdade que consiste no ideal político supremo, onde o ideal para ser atingido é a garantia da liberdade individual acima de qualquer outro valor. A dissociabilidade desses valores teve como consequência uma cisão também entre o político e o social (TONELLI, 2013, p. 27).

Na modernidade a representatividade da democracia é conferida pelos direitos, motor das reivindicações e pressões populares sobre o poder (TONELLI, 2013, p. 27). Alexis de Tocqueville, em sua obra “A democracia na América”, demonstra a democracia não como um sistema político, mas como organização social, “um atributo do Estado que se caracteriza pela liberdade e igualdade dos cidadãos... marcada pela participação ativa dos cidadãos”, concluindo que a democracia seria o regime do futuro da humanidade (TOCQUEVILLE Apud TONELLI, 2013, p. 29).

A democracia encontrou como terreno mais fértil para prosperar o Estado de Direito, que ao estabelecer os limites do seu funcionamento, não permite aos governantes ou governados que excedam tais limites. No Estado de Direito, o poder das democracias constitucionais emana do povo, sendo exercido diretamente por ele ou em seu nome por seus representantes. O povo é soberano, exerce sua soberania e legitima seu poder através do processo eleitoral (TONELLI, 2013, p. 17-18).

A teoria do poder constituinte, vinculada a doutrina da soberania popular, possui duas versões, ambas formadas a partir de Rousseau, uma com origem francesa onde sua postura é mais fechada e pragmática (na obra “Considerações sobre o Governo da Polônia”) e outra com origem americana onde sua postura é dogmática, ou seja, inflexível e rigorosa



(apresentada em sua obra “Contrato Social”). Para Paulo Bonavides, “a francesa, segundo a qual a Constituinte é o povo (concepção falsa, visto que a soberania é de natureza indelegável), e a americana, que vê na Constituinte ou Convenção apenas uma assembleia limitada, cujo trabalho se legitima unicamente com a aprovação do povo” (BONAVIDES, 2003, p. 157). Independente de qual versão, ambas assentam a titularidade do poder constituinte no povo.

Para Benjamin Constant, o princípio da soberania do povo é um princípio que não pode ser contestado, nele reside a supremacia da vontade geral sobre a vontade particular de forma a garantir a liberdade, mas embora tenha defendido a soberania do povo, alertou para os perigos de qualquer poder que se confira de forma absoluta, não questionou a força ou a capacidade dos detentores da força, mas o grau desta força “a soberania do povo sendo ilimitada cria na sociedade humana um grau de poder desmedido, um mal que deve ser evitado” (CONSTANT Apud TONELLI, 2013, p. 30). Defendeu que a soberania deveria ser limitada e relativa, que nenhum direito ou princípio deveria ser absoluto “nenhuma autoridade é ilimitada, nem a do povo, nem a da lei” (CONSTANT Apud TONELLI, 2013, p. 31).

A soberania do povo garante a manutenção da liberdade, é exercida pela expressão da maioria, Tocqueville levanta preocupação quanto à igualdade “teme o despotismo da maioria, ou seja, considera que é necessário que a democracia procure caminhos para que as minorias possam ser igualmente livres em todas as formas de manifestação” (TOCQUEVILLE Apud TONELLI, 2013, p. 30).

Numa democracia, “politicamente o termo ‘povo’ representa o sujeito das decisões em qualquer democracia, segundo a regra do jogo democrático, que é a regra da maioria – pela qual as decisões políticas são tomadas pelo poder majoritário”. Embora predomine a vontade da maioria para definições dos rumos da atuação estatal, no bojo de um Estado com viés Democrático e do Direito, as minorias devem ter seus direitos resguardados. Muitas vezes os direitos dessas minorias se dão através de decisões contramajoritárias, ou seja, decisões judiciais.

Alguns autores apresentam preocupações quanto a vulnerabilidade que as democracias possuem de se tornarem regimes em que a maioria atua de forma tirânica, submetendo a minoria a viver numa ditadura (TONELLI, p. 10) e utilizam tal preocupação como argumento para defender a judicialização da política. Crítica que autores como Jeremy Waldron discordam, sob a argumentação de que não há razão para compreender que o *judicial*



review projete uma proteção maior aos direitos que o regime democrático garantido na sua concepção tradicional, que na perspectiva democrática o *judicial review* é ilegítimo (WALDRON Apud BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 04).

Mas, não são as ameaças às minorias que fazem a democracia ser questionada enquanto regime político, mas a sua descaracterização que transfere o debate e decisão do povo para a interpretação de um operador do direito, semelhante aos regimes ditatoriais que as decisões são tomadas por uma pessoa, um ditador:

“O que se questiona é o processo de despolitização da democracia e da própria política quando setores conservadores da sociedade defendem o protagonismo judicial em detrimento do político, o que contribui menos para uma cultura de direitos do que para uma ideia de que a democracia se reduz ao regime da lei e da ordem e não dos conflitos... a democracia é o regime da lei e da ordem que permite os conflitos na luta por direitos. É isso o que faz uma democracia ser democrática. Democracia é o oposto de regime autoritário, de ditadura e de regimes totalitários” (TONELLI, 2013, p. 10).

Na democracia moderna, a legislação é uma das funções políticas mais importante, que procura equilibrar a relação entre o plano jurídico e político e minimizar interferências (TONELLI, 2013, p. 33-34). O conflito entre esses planos contribui para que crises sejam gestadas na democracia, potencializado pelas grandes transformações do mundo moderno como a Globalização, para Tonelli, na democracia ocidental há um esquecimento do sentido real da política (TONELLI, 2013, p. 26). A democracia foi tomada pelo direito, tanto pelo desenho dos seus contornos, como sua própria materialização que vem transitando das mãos da população para as canetas dos gabinetes do Judiciário.

A judicialização só ocorre em ambiente democráticos, em períodos em que países tiveram momentos da sua história vividos num regime ditatorial, como é o caso da África do Sul durante o apartheid ou do Chile durante a ditadura de Pinochet, a jurisprudência constitucional mostra que os tribunais superiores desses países permaneceram em silêncio ou foram paralisados durante os regimes autoritários. Isso ocorre pela opressão que além de ser direcionada ao povo também incide sobre as Instituições do Estado, que faz que com que os juízes adotem uma postura de passividade e formalismo. Há também uma relação entre as preferências ideológicas dos juízes com os métodos do regime e dos órgãos de decisão nacional (HIRSCHL, 2012, p. 52).

Enquanto nos tribunais as decisões judiciais são tomadas com base nos textos normativos ou pela convicção e argumentação do seu aplicador (neste caso não se trata de judicialização, mas de ativismo, onde o operador do direito usurpa a competência do



legislador ordinário para criar novo direito a partir da sua interpretação), num regime democrático a tomada de decisão se baseia na vontade do povo a partir do princípio da maioria. Na democracia há um debate aberto entre os iguais, onde é oportunizado aos representantes eleitos diretamente pelo povo para atuarem numa assembleia popular, condições iguais para manifestar opinião e participação do debate que culminará numa posição (TONELLI, 2013, p. 09).

Com a inversão do polo da tomada de decisões da política pelo direito sobre pautas coletivas e de identidade de um povo é caracterizado por alguns pesquisadores como um perigo iminente de passarmos a viver num governo de juízes, o que alguns denominam como uma juristocracia (TONELLI, 2013, p. 09).

Nos últimos anos, vimos emergir outro nível de política judicializada: a confiança em tribunais e juízes para lidar com a megapolítica – controvérsias políticas essenciais que definem as fronteiras do coletivo ou que tocam o coração de nações inteiras. Esse terceiro nível inclui diversas categorias: escrutínio judicial de prerrogativas do poder executivo nos reinos do planejamento macroeconômico e da segurança nacional...; judicialização de processos eleitorais; corroboração judicial de transformação de regime; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; e, acima de tudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, de processos de construção de uma nação e de batalhas quanto à própria definição ou *raison d'être* de um Estado como tal – o tipo de judicialização mais problemático do ponto de vista de uma democracia participativa (HIRSCHL, 2013, p. 35).

Paul Ricoeur, no prefácio da obra de Antoine Garapon, “O Juiz e a democracia: o guardião das promessas”, afirma que há uma crescente influência do jurídico sobre a vida coletiva e a crise de legitimidade que afeta todas as instituições que de alguma forma exercem alguma autoridade, uma “democracia tomada pelo direito” – uma expressão atribuída à Philip-Reunaud –, para ele a judicialização da vida pública e privada tem como fonte de contaminação do fenômeno patológico não está no espírito processual dos EUA, mas na própria sociedade. Para Antoine Garapon, “nas democracias estaria havendo uma inversão de posição entre o judiciário e a política, onde o judiciário, e apenas ele, seria hoje o agente reivindicador”, Garapon classifica esse fenômeno como uma usurpação e ao mesmo tempo um paradoxo, pois uma o ativismo judicial acaba por afetar uma ‘democracia jurídica’ como um todo (GARAPON Apud HIRSCHL, p. 36).

O processo de consolidação de algumas democracias teve forte e crescente influência do direito, refletida nos discursos e linguajar dos atores políticos, bem como em suas condutas que de forma recorrente passaram a levar causas e batalhas políticas, muitas vezes já perdidas na seara política, para os tribunais sanarem conflitos ou reverterem decisões políticas. Levar impasses políticos para que o Poder Judiciário decidisse qual rumo político seria o mais



apropriado perante o ordenamento jurídico vigente, com o intuito de fortalecer a democracia, mais fortaleceu o Judiciário que o regime democrático.

Para Maria Luiza Tonelli, esse movimento que ocorreu no ocidente, não apenas produziu efeitos na democracia e no Judiciário, mas afetou também a concepção originária da teoria tripartite do Estado:

O fortalecimento do poder judiciário nas democracias ocidentais contradiz a ideia de Montesquieu sobre a ‘nulidade’ de um poder que deveria ser politicamente neutro, ‘o mais fraco dos poderes’. O protagonismo do poder judiciário é evidenciado pela mídia, que se beneficia com a judicialização das dimensões social, política e econômica em nossa atualidade, na medida em que certos temas são tratados de forma espetacularizada, propiciando um aumento considerável da audiência (TONELLI, 2013, p.36).

Quanto à espetacularização de fatos de diversas naturezas, as empresas de comunicação atuam na perspectiva mercadológica, contribuem para formar a opinião pública de que a garantia dos direitos, a realização da cidadania e a participação na democracia se resolvem por meio da justiça, levando simultaneamente à desneutralização do Judiciário e à neutralização da política (TONELLI, p.36-37).

A democracia é o regime político mais avançado já vivenciado pela humanidade, a garantia dos direitos fundamentais passa pela participação do povo na definição dos contornos da sua execução. Os conflitos entre os limites de atuação dos Poderes do Estado contribuem para embaralhar o entendimento do conjunto da população sobre o papel da democracia, do Direito, do Estado e dos seus Poderes:

“a solução penal é própria de uma sociedade que vê no poder judiciário a salvação da política. Conflitos sociais são vistos como uma questão de política...o poder da mídia e a cultura da tribunalização são manifestações do ultraindividualismo que privilegia o judicial, a lei e a ordem, em detrimento da democracia, que supõe os conflitos” (TONELLI, p. 14).

Essa situação contribui para que nas democracias e direito constitucional contemporâneos haja um enfraquecimento da política, o jurídico passa a ter um protagonismo maior que o político:

“pode refletir de maneira significativa no imaginário democrático do cidadão, que pode perder de vista o fato de que o povo é a autoridade da instituição política através de seus representantes no parlamento. Isso pode significar ainda que o fortalecimento da ideia de democracia como mera forma de Estado jurídico pode estar caminhando pari passu com o declínio da política” (TONELLI, 2013, p. 37).

Para Tonelli, não se reduz ao debate meramente jurídico ou mesmo político, pois a invasão do direito e da ordem na vida coletiva e na política é também um assunto ético em virtude da responsabilidade que os cidadãos e políticos, que pode ter um desdobramento



positivo ou o contrário, pode “estar promovendo o surgimento de uma cidadania que se confunde com a mera busca da tutela jurisdicional do Estado, desresponsabilizando o cidadão de seu papel político” (TONELLI, 2013, p. 38). E levanta um questionamento: se o Judiciário é coercitivo, se sua função principal é pacificar conflitos, o aumento exacerbado da tutela judicial, estaria em oposição à política democrática e em choque com a emancipação dos homens pela razão?

É prejudicial à democracia que ocorra um protagonismo do Poder Judiciário em detrimento do Poder que representa o poder político, pois a substituição não é apenas uma troca de instituições, mas a remoção do protagonista da democracia, o povo, do local o qual ele ocupa de forma soberana. O deslocamento desse protagonismo também altera, conseqüentemente, a principal fonte dos direitos. Esse enfraquecimento ou esquecimento da política atenta contra todo o regime democrático, compreendendo este não apenas como um sistema político, institucional ou governamental, mas como um modo de organização da sociedade, uma instituição social e política, que conserve os direitos, a luta por sua criação e manutenção – que muitas vezes precedem, alguns diriam até que “necessitam”, de conflitos (TONELLI, 2013, p. 39).

A judicialização da política necessita do regime democrático para poder florescer, mas esta necessidade não contribui para o desenvolvimento e aprimoramento da democracia, mas para o enfraquecimento do seu pilar fundamental: a participação do povo nas principais tomadas de decisões. A judicialização da política age na democracia como uma planta parasita, plantas que se instalam sobre outras plantas para sugar seu alimento, denominado de seiva, prejudicando o pleno desenvolvimento da planta hospedeira.

CONCLUSÃO

A onda de judicialização que vem crescendo no mundo nas últimas décadas absorveu questões fundamentais dos Estado que atuam sob o viés democrático. Embora essas questões possam aparentar se aterem a questões constitucionais, não são dilemas jurídicos, mas dilemas políticos. Possuem causas diversas, dentre elas a vulgarização da política e a judicialização das diversas esferas da vida privada e pública pela perda da capacidade de diálogo e solução das questões através de debates públicos.

A tensão entre o Estado de Direito e a Democracia, com o crescimento da atuação Jurídica sobre a Política, coloca em risco a democracia, que vê o poder constituinte legítimo



migrar das decisões coletivas do povo para decisões tomadas por uma pessoa dentro de seu gabinete, sem que tenha recebido do povo tal competência, sem o dever de ter de consultá-lo antes de decidir por uma causa que poderá impactar a identidade e os rumos de um povo, sua nação e Estado.

Tais excessos na atuação do Judiciário além de colocarem em risco a democracia, promovem instabilidade jurídica, direcionam a sociedade para um novo regime desconhecido, enterram a teoria da separação dos três poderes do Estado sem que uma nova teoria tenha sido apresentada e ofertada para o debate coletivo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. 5ª ed. Trad.: Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARBOZA, Estefânia de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 08, n. 01, jan. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&tlng=pt> Acesso em: 15 ago. 2018

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em: 30 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. **Judicialização da política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas, Serro, n. 10, p. 54-77, 2014. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8549>> Acesso em: 24 ago. 2018.

HIRSCHL, Ran. **A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos**. Livro Judicialização da Política, org. Luiz Moreira. São Paulo: Editorial 22, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da política: duas análises**. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em:



<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 20 ago. 2018.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular.** Tese de Doutorado em Filosofia, USP. São Paulo: 2013. 126f..