



JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA(S) POLÍTICA(S) SOB A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

Leandro Godois¹

RESUMO: O crescimento do fenômeno da judicialização da política trouxe consigo o debate em torno da inserção da atual ascensão jurisdicional no contexto democrático. A proposta do presente artigo é debater a crescente hipertrofia jurisdicional a partir de uma perspectiva democrática, tendo como fio condutor a questão: a judicialização favorece a democracia? Iniciamos com uma abordagem introdutória apontando a colonização da(s) política(s) pelo Poder Judiciário como um fenômeno claramente observável na sociedade contemporânea. Em seguida, tratamos de identificar as origens do fenômeno da judicialização partindo da perspectiva cosmopolita para a análise do elemento central no Brasil que é a promessa emancipatória da Constituição Federal de 1988. No tópico seguinte, buscamos confrontar a ascensão do Poder Judiciário com os pressupostos fundantes da democracia, revisitando alguns temas, argumentos e discussões que necessariamente emergem desse debate (credenciais democráticas, controle social, permeabilidade à cidadania e elitização da esfera discursiva). Finalizamos propondo algumas reflexões sobre o papel do Poder Judiciário no avanço e na estabilidade da democracia.

Palavras-chave: Democracia. Jurisdição. Política. Judicialização.

ABSTRACT: The increase of judicialization phenomenon in politics brought together the debate about the insertion of actual judicial rise in democratic context. The proposal of this article is to debate the crescent judicial hypertrophy from a democratic perspective, using as conductor the question: Does the jurisdictional take sides with democracy? We started an introductory approach pointing the colonization of politics by the Judiciary Power as a clearly observable phenomenon in contemporary society. Following, we tried to identify the sources of the legalization phenomenon, from the cosmopolitan outlook to analyze the central element in Brazil which is the emancipatory promess of the Federal Constitution from 1988. In the next topic, we

¹ Advogado. Mestrando em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS, campus de Cerro Largo, RS (leandrogodois@via-rs.net).

seek to confront the Judiciary Power rise with the founding assumptions of democracy, revisiting some topics, subject-matter and discussion which necessarily emerge from this kind of debate (democratic credentials, social control, citizenship permeability and elitization of discursive field). Finally, we propose some thinking about the Judiciary Power role in the democracy progress and stability.

Keywords: Democracy. Jurisdiction. Politics. Judicialization.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, a passagem para o Século XXI ficou marcada pela consolidação do fenômeno que se convencionou chamar de “judicialização”. Esse processo tem início a partir da Constituição Federal de 1988, tomando forma e corpo a partir dos anos 2000.

A fim de delimitar brevemente as bases conceituais podemos definir que a expressão “judicialização” significa que algumas questões de repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2012b, p. 3).

O exemplo mais notório é a judicialização da saúde, caracterizada pela proliferação de ações individuais buscando a adjudicação de determinadas prestações relacionadas à saúde (medicamentos, próteses, cirurgias, tratamentos, etc.), e que tem alcançado níveis alarmantes em todo o país².

Ademais, o protagonismo do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, no cenário político nacional é outra evidência da ascensão da jurisdição sobre os outros Poderes da República. Basta ver que Brasil está em meio à uma crise institucional sem precedentes, na qual o Poder Judiciário tem sido um ator importante, interferindo diretamente em atos do Poder Executivo Federal e do Parlamento Nacional. A recente celeuma decorrente da suspensão liminar da posse

² Conforme dados divulgados pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (FAMURS), a partir de levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2014 o Estado do Rio Grande do Sul gastou R\$ 235 milhões para fornecer medicamentos para a 61 mil pacientes que moveram ações judiciais. O montante é aproximadamente três vezes maior que o volume de recursos consumidos no atendimento de demandas de 103 mil pacientes que não recorreram à Justiça (FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO RIO GRANDE DO SUL - FAMURS. Workshop debate alternativas para reduzir a judicialização da saúde. Disponível em: <<http://www.famurs.com.br/comunicacao/noticias/workshopdebatealternativasparareduzirajudicializacaodaude#.VIToPr9SiJI>> Acesso em 24 de nov. de 2015).

do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro da República, primeiro por juízes de primeiro grau e, depois, pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal; e as polêmicas interceptações telefônicas que alcançaram a Presidente Dilma Rousseff, autoridade máxima do país, determinadas - e cuja divulgação foi autorizada - por um juiz de primeiro grau, evidenciam uma encampação do político pelo jurídico.

Embora o exemplo posto, não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal vem dando as cartas no jogo da política (*politics*) e das políticas (*policy*), e, por conseguinte, ampliando seus poderes sobre as demais instituições democráticas e sobre a própria sociedade.³

A partir desses fatos e elementos, públicos e notórios, pouco mais é preciso apresentar de evidências concretas da colonização do mundo da vida pela jurisdição.

A questão que se põe no centro desse debate é se o avanço da jurisdição sobre a política - entendida no seu conceito mais amplo, de ação ou orientação do Estado em assuntos de interesse da sociedade – favorece a democracia, ou se, ao contrário, é antidemocrática e por quê.

Com esse propósito, nossa análise inicia pela definição e a origem do fenômeno estudado para, em seguida, confrontá-lo com os pressupostos fundantes da democracia, analisando os elementos que necessariamente emergem nesse debate, e buscando, nas considerações finais, dar feições de arremate reflexivo à discussão proposta.

1 JUDICIALIZAÇÃO: UM FENÔMENO DE MÚLTIPLAS CAUSAS

A judicialização da(s) política(s) parte da ideia tentadora de que um judiciário progressista pode pôr em andamento a revolução social que o processo político majoritário não foi capaz de fazer (BARROSO, 2010), ancorada notadamente na corrente neoconstitucionalista, que advoga uma leitura principiológica da Constituição, ao concebê-la como uma ordem material ou concreta de valores. A teoria

³ Mencione-se, a título de exemplo: ADCs 29 e 30 e ADI 4578 (que tratavam da Lei Complementar 135/2010, a Lei da Ficha Limpa); ADI 4277 (reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, outorgando efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo); ADI 4650 (que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais); e, mais recentemente, a ADPF 378 (que definiu o rito do processo de impeachment).

neoconstitucional defende uma Constituição “onipresente” e “expansionista” definida em termos axiológicos ou principiológicos, marcada, sobretudo, pela eficácia direta e irradiante dos direitos fundamentais, pela argumentação jurídica e pela metodologia da ponderação (SILVA, 2008)⁴.

Nesse contexto, o que caracteriza o fenômeno é o avanço da hermenêutica constitucional sobre o mundo da vida, oportunizando que a jurisdição seja o *locus* de discussão e decisão de questões até então afetas aos poderes legislativo e executivo, na formação clássica da separação de poderes prevista na Constituição Federal.

A expressão “judicialização” significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Envolve, portanto, uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2012b, p. 3).

As análises sobre o tema têm indicado causas múltiplas e inter-relacionadas em meio a um panorama institucional favorável (BARROSO, 2012a, 2012b; CARVALHO, 2004; FERREJOHN, 2002; BOLZAN DE MORAIS, 2008; SANTOS, 1995; STRECK, 2012; VIANNA, 1999). Algumas delas evidenciam uma tendência mundial (FERREJOHN, 2002; CARVALHO, 2004; SANTOS, 1995); outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2012a, 2012b, BOLZAN DE MORAIS, 2008; STRECK, 2012; VIANNA, 1999).

Em nível mundial a judicialização vem associada ao período pós-segunda guerra (FERREJOHN, 2002), com a ascensão do *welfare state* proporcionando a “juridificação do bem-estar social” (SANTOS, 1995); aponta-se, em outro sentido, o

⁴ Segundo Silva (2008, p. 14) as características marcantes do modelo neoconstitucionalista são: (a) a compreensão do texto constitucional como uma ordem de valores, concretizada normativamente por intermédio dos princípios e regras jurídicos; (b) a interpretação da Constituição não é apenas jurídica, mas também - e sobretudo - moral, cujos resultados condicionam fortemente a liberdade do legislador democrático; (c) a hermenêutica neoconstitucionalista possui uma forte propensão a extrair, na maior medida do possível, uma eficácia direta e irradiante dos princípios constitucionais, inclusive daqueles não expressamente positivados, sem a intermediação de regras e parâmetros normativos infraconstitucionais para a decisão do caso; (d) o Poder Judiciário tende a ser visto como a instituição mais adequada para a “reconstrução” dos valores e princípios fundamentais que norteiam a comunidade política e que definem, por sua vez, o consenso básico que fundamenta normativamente a Constituição; (e) com apoio nas características precedentes, a forma típica de argumentação nas decisões judiciais tende a ser valorativa, centrada em argumentos de princípios, excessivamente abstrata, com amplos efeitos prospectivos e apoiada na busca de acordos políticos, filosóficos ou constitucionais profundos.

fim da guerra fria e o colapso do socialismo real como elemento enaltecido do modelo jurídico-institucional norte-americano, circunstância que vem atrelada a um quadro institucional favorável: democracia, separação de poderes, direitos políticos formalmente reconhecidos, uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pela oposição e inefetividade das instituições majoritárias (TATE & VALLINDER, 1995, *apud* CARVALHO, 2004).

Centrando a análise no contexto brasileiro, onde o fenômeno se manifesta mais tardiamente, a judicialização vem diretamente associada à redemocratização do país e ao caráter analítico e ambicioso da Constituição Federal (BARROSO, 2012b), o que não torna menos diversos os elementos que interagem na sua gênese.

A Constituição Federal de 1988 é uma extensa declaração de regras, princípios e valores caros para nossa sociedade e, ademais, é plena de promessas emancipatórias. Enfim, temos uma Constituição emancipatória incompatível com o modelo econômico capitalista (excludente e concentrador de renda), e desfocada da capacidade do Estado de implementar essas promessas. Nesse panorama de conflituosidades e contradições, as insatisfações sociais terminam por desembocar na jurisdição. Assim, a judicialização surge do tensionamento entre o projeto político-constitucional e o projeto político-econômico que subjaz à fórmula do Estado contemporâneo (democracia como política e capitalismo como economia não formam um par perfeito). Pelo contrário, são gêmeos da tradição liberal que trilham caminhos distintos (BOLZAN DE MORAIS, 2008).

Neste cenário, a disputa pela efetivação dos direitos sociais na via jurisdicional passa a ser uma das marcas da pós-modernidade. Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social, e se percebe um embate do Estado com ele mesmo. Vive-se sobre a dualidade: política de inclusão versus economia de exclusão (BOLZAN DE MORAIS, 2008).

Essa contradição vem agudizada, no caso brasileiro, pela implantação de uma agenda neoliberal, sobretudo a partir do Governo do Presidente Fernando Collor de Mello (1990-1992). A Constituição emancipatória nasce, e não deu seus primeiros passos, quando se vê cerceada por um modelo econômico de Estado que é a negação do que ela promete. É certo que a partir desse período de experiência neoliberal houve uma tendência para a produção do chamado “efeito pêndulo”, ou seja, uma demanda

reprimida por direitos sociais, um tempo de inação que induziu uma proporcional reação.

A demanda contida pela implantação por estas terras da chamada onda neoliberalizante, associada a outros elementos derivados da constitucionalização ampla e abrangente das regras, instituições e dos direitos, permite divisar com relativa clareza as origens do fenômeno no Brasil. Na medida em que uma questão (regra organizacional ou procedimental, direito individual, prestação estatal, ou fim público) é disciplinada em uma norma constitucional, ela passa a ser, potencialmente – no sentido aristotélico - uma pretensão jurídica, que pode ser veiculada por intermédio de uma ação judicial (BARROSO, 2012b).

Não é por acaso que a judicialização no Brasil se problematiza seriamente na área mais essencial ao ser humano e, portanto, o mais básico dos direitos fundamentais sociais: a saúde.

Nesse cenário institucional favorável à “explosão de litigiosidade” (SANTOS, 1995), há dois elementos centrais. O primeiro deles é a criação de instituições democráticas indutoras da jurisdicionalização dos direitos. Basta ver que a Constituição trouxe consigo um Judiciário autônomo, independente e com atribuições ampliadas; um Ministério Público autônomo e cuja incumbência é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; uma advocacia guindada à elemento essencial na administração da Justiça; e, alguns anos mais tarde, uma Defensoria Pública com autonomia funcional, administrativa e orçamentária⁵. O segundo elemento é o ferramental posto à disposição dessas instituições e do cidadão para exercício dos direitos conferidos pela Carta Constitucional, tais como mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação de improbidade administrativa e, sobretudo, o modelo de controle de constitucionalidade.

No Brasil, a Constituição Federal criou um (incomum) modelo misto de controle de constitucionalidade, combinando o modelo difuso norte-americano e o modelo concentrado europeu (BARROSO, 2012a, 2012b). De modo que, além de outorgar a

⁵ A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que Lei Complementar deveria organizar as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescrever normas gerais para sua organização nos Estados. No Rio Grande do Sul a Defensoria Pública do Estado foi criada em 1994, conforme informação extraída do sítio da instituição na internet (<http://www.defensoria.rs.def.br>). A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, conferiu autonomia funcional, administrativa e orçamentária às Defensorias Públicas dos Estados.

qualquer magistrado a tarefa de concretizar a constituição, oportunizando o surgimento de uma comunidade de intérpretes (VIANNA, 1999), característica do modelo norte-americano; a Constituição Federal criou um Tribunal Constitucional ao modelo europeu e, com ele, ações específicas como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade⁶ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A confluência de uma Constituição abrangente, analítica e emancipatória, com uma ampla gama de ferramentas processuais à disposição de instituições e cidadãos e, ainda, um controle jurisdicional que conjuga os modelos difuso e concentrado, produziram condições favoráveis à expansão da litigiosidade e, por conseguinte, da ascensão do poder jurisdicional.

Além disso, no sistema de presidencialismo de coalizão vigente no Brasil, onde a governabilidade depende de um acordo negociado envolvendo geralmente a encampação dos espaços públicos, a divisão de verbas públicas e “espaços de poder”, há sempre uma tensão latente entre executivo e legislativo que, não raro, eclode ou se manifesta no Supremo Tribunal Federal. E quanto mais demandas aportam ao STF, mais forte ele fica (STRECK, 2012).

Dada a produção de um cenário jurídico e institucional propenso à juridificação dos direitos, a frustração da promessa emancipatória toma, inevitavelmente, o rumo jurisdicional. E a democracia é um indutor desse processo não apenas pelo formato das instituições que mantém, mas pelos problemas que lhe são inerentes.

Uma das regras fundamentais de todo governo democrático é a proteção às liberdades civis e políticas, vias através das quais o cidadão pode dirigir-se aos governantes para solicitar vantagens, benefícios, facilidades e uma mais justa distribuição dos recursos. No caso da democracia brasileira, a par das liberdades civis e políticas (meios), há uma gama extensa de direitos sociais de pronta eficácia (fins). A quantidade e a rapidez destas demandas em uma democracia, no entanto, são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente. Daí procede uma "sobrecarga" e a consequente necessidade de o sistema político fazer drásticas opções. Mas uma opção exclui a outra. E as opções não satisfatórias criam descontentamento. Assim, diante da

6 Incluída pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.

rapidez e intensidade com que são dirigidas ao governo as demandas da parte dos cidadãos, torna-se dilemática a lentidão que os complexos procedimentos de um sistema político democrático impõem à classe política no momento de tomar as decisões adequadas. Sinteticamente: a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil (BOBBIO, 1986, p. 36).

De tal maneira, a ascensão do poder jurisdicional é um fato dado no atual contexto jurídico-institucional da incipiente democracia brasileira. O que não implica dizer, necessariamente, que seja democrático ou benéfico à democracia. Enfim, resta saber em que medida o Poder Judiciário como *locus* de decisão dos assuntos de políticas é democrático e, por conseguinte, favorece o avanço da democracia no Brasil.

2 JUDICIALIZAÇÃO E DEMOCRACIA: AS EMERGÊNCIAS DA HIPERTROFIA JURISDICIONAL PARA UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Delimitar um conceito pleno de “democracia”, por certo, não é tarefa das mais fáceis. “O que é democracia?” e “o que ela deve garantir?” é um dilema que desafia a humanidade desde as mais remotas formações sociais da antiguidade.

No entanto, por uma óbvia necessidade de opção metodológica é preciso começar esmiuçando uma definição, mesmo que sem adentrar na discussão da natureza ontológica da democracia, o que escapa aos limites deste trabalho.

Por sua aproximação com o tema adotamos o conceito procedimental de Bobbio no sentido de que a democracia, em uma definição mínima, é caracterizada “por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (1986, p 14, tradução nossa). Todo o grupo social está envolvido com a tarefa de tomar decisões (essencialmente individuais), vinculatórias para a coletividade, sendo que a regra fundamental para esse fim é a da maioria. Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada pelo maior número de pessoas, e com base em regras que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e de acordo com quais procedimentos. No entanto, não basta a atribuição do poder de decidir a um elevando número de cidadãos, nem a observância da regra fundamental da maioria. É preciso que aqueles que são chamados a decidir, ou a

eleger os que deverão decidir, sejam colocados diante de alternativas reais e em condições de efetivamente escolher uma dessas alternativas. As regras que garantem a liberdade esclarecida de escolha são as normas constitucionais que atribuem os direitos de liberdade, expressão, opinião, reunião, associação, etc. (Estado de Direito), porque estes são os pressupostos necessários à capacidade de decisão ou escolha. E a única garantia de que esses direitos de liberdade serão respeitados está no direito de controlar o poder ao qual compete garantir tais direitos. Portanto, a democracia é, no essencial, um método de governo, um conjunto de regras de procedimento para a formação das decisões coletivas, no qual está prevista e facilitada a ampla participação dos interessados, e para cuja eficácia é necessário o controle sobre o poder como pressuposto fundante da garantia de observância das regras do jogo (BOBBIO, 1986).

Nesse contexto, a Constituição é o elo fundante entre o político e o jurídico. Constitucionalizar significa transformar Política em Direito (BARROSO, 2012a, 2012b). A Constituição é, portanto, a Carta jurídico-política da democracia.

Muito embora se possa tecer críticas à impermeabilidade da “casa de máquinas” das Constituições latino-americanas à cidadania - a parte organizacional das Constituições tem um viés de preservação do *status quo*, pois para garantir direitos de propriedade era preciso limitar a capacidade da maioria para atuar em política (GARGARELA, 2002) - é na Constituição que se acham as regras primárias ou fundamentais sobre quem toma as decisões coletivas e à base de quais procedimentos.

Apesar das limitações na construção de modelos de democracia direta ou participativa no Brasil, o planejamento governamental, a criação de políticas e leis competem, prioritariamente, aos poderes executivo e legislativo. Ou seja, as decisões que afetam o coletivo dos cidadãos são validadas democraticamente por meio de eleições periódicas, pois um dos pressupostos fundantes da democracia é o direito do cidadão de participar das decisões que o afetam, direta ou indiretamente. Em uma democracia todo poder se exerce em nome do povo.

Verdaderamente, el debate político se entiende como una necesidad para realizar los valores democráticos medulares. La legislatura hace leyes que son obligatorias para todos nosotros y, por lo tanto, cada uno de nosotros tiene un interés en decidir quién debe participar en la legislatura. Tenemos derecho a monitorear los debates legislativos, a intervenir a tiempo e influir en sus decisiones, y a demandar, en las elecciones, que sus miembros se presenten ante nosotros y rindan cuentas de lo que han hecho.

Estas expectativas políticas nos dan derecho a organizar partidos y facciones para elegir, monitorear, criticar, oponer y de otras formas influir en los legisladores. (FEREJOHN, 2002, p. 25)

Em um primeiro momento, portanto, a hipertrofia jurisdicional cria um problema de legitimidade, dada a “debilidade das suas credenciais democráticas” (FEREJOHN, 2002, p. 30, tradução nossa), pois juízes e tribunais não são legitimados (escrutinados) pelo voto popular.

A síntese do pressuposto fundante desse escrutínio popular democrático vem singela e tenazmente esmiuçada por García Amado (2004, p. 7), quando pontua que: se tenho que optar entre poderes arbitrários, enquanto seguem existindo eleições periódicas democráticas prefiro a arbitrariedade do legislador, pois ao menos posso exercer a minha insurreição não votando nele na próxima vez.

Isso não quer dizer, contudo, que o Poder Judiciário deva ficar alijado do processo de construção democrática dos direitos e liberdades.

É essencialmente democrático que Poder Judiciário detenha sua parcela de poder político prevista na Constituição, que é, sobretudo, a função técnica de dizer o direito em determinado caso concreto, inclusive em matéria constitucional. A função contramajoritária é necessária e salutar para que a democracia não se converta em uma autocracia de maiorias, estáveis ou ocasionais. Qualquer avanço em relação a essas bases é inconstitucional, como, por exemplo, quando o judiciário legisla, cria valores sociais ou políticas públicas. O argumento neoconstitucionalista de que os juízes e tribunais estão interpretando a Constituição e protegendo o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais - ao que não se pode sobrepor questões orçamentárias ou administrativas -, serve, na verdade, para legitimar qualquer discurso ou ação, inclusive uma decisão prejudicial aos interesses coletivos⁷ e ao amadurecimento da própria democracia. O Judiciário não é, e não pode ser, a suprema instância ético-moral coletiva, o “superego da sociedade” (MAUS, 2000), pois,

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de

⁷ Para se ter ideia da força do discurso judicial na produção de regras ou valores sociais de qualquer natureza, inclusive contraditórios e desprovidos de qualquer caráter humanitário, basta ver a análise que Barroso (2010) faz dos legados de Earl Warren (progressista, 1953-1969) e Warren Burger (conservador, 1969-1986), na Presidência da Suprema Corte dos EUA, cujas orientações representaram avanços ou retrocessos, por exemplo, em matéria de discriminação racial.

atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (MAUS, 2000, p. 187)

Assim nasce, portanto, um segundo problema relacionado à legitimidade democrática da colonização do mundo da vida pela jurisdição: o controle sobre o poder como pressuposto fundante da garantia de observância das regras do jogo.

A questão fundamental é quem controla os controladores? Se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível – e, portanto, contraposto à ação antidemocrática do poder invisível - está perdida (BOBBIO, 1986, p.31).

Essa visão romantizada das virtudes seráficas dos magistrados e do poder judiciário como guardião da Constituição, deixa pouco claras e inescrutáveis as regras do jogo democrático (GARCÍA AMADO, 2004). A tentativa de colonização do mundo da vida pelo jurídico por meio de uma ampliação do espectro hermenêutico-argumentativo, desliga o discurso de decisão jurídica de qualquer vinculação à lei e ao controle social. Além disso, o Poder Judiciário, naturalmente, não há de ser autofágico, de modo que suas ações tendem a preservar espaços de poder. Daí porque “a ideia de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos jurídicos acadêmicos, pode ser considerada ingênua” (DA ROS, 2007, p. 101).

O caso mais significativo da colonização da Constituição pela argumentação jurídica é a judicialização da saúde. A Constituição Federal estabelece (art. 196), que a saúde é direito de todos e dever do Estado, “garantido mediante *políticas* sociais e econômicas”, o que é, essencialmente diferente de adjudicação em favor de indivíduos determinados, tal como ocorre na grande maioria das ações que versam sobre o tema. O Poder Judiciário discute casos concretos, em geral de abrangência individual, enquanto a expressão “política” é, fundamentalmente, caracterizada pelo alcance coletivo da decisão. Uma decisão judicial não tem (e não pode ter), a amplitude de uma política. Decisões para casos individuais não produzem valores sociais.

A proposta do neoconstitucionalismo que sustenta a judicialização constitui um exemplo de jogo de soma zero, porque onde os recursos são escassos e limitados tudo que se determina em termos de gastos em determinada prestação, implica em retirar a possibilidade de satisfazer outra necessidade. De modo que o aumento de

recursos para prestações a indivíduos determinados, impactará em limitações em outras políticas coletivas, tão ou mais necessárias. Assim, quando um juiz ou tribunal impõe ao Poder Executivo ou ao Parlamento uma determinada medida de política social, não está sendo mais social que qualquer daqueles outros poderes, senão que simplesmente estará fazendo uma política social distinta, porém sem sustentação em programas prévios, eleições ou votos (GARCÍA AMADO, 2004). Onde os recursos são limitados, quando se o retira de uma rubrica orçamentária e se o põe em outra, cuida-se de uma mera opção de gestor e não de concretização de direitos ou promoção de bem estar coletivo. Portanto, quando legisla ou executa políticas o Poder Judiciário, longe de pôr em curso uma revolução social, em verdade se converte em mero ordenador de despesa, substituindo-se ao Poder Executivo.

Isto não significa que não existam políticas públicas mais sociais que outras, senão que dificilmente um juiz ou tribunal poderá ser um promotor ou impulsor de tais políticas, pois lhes falta legitimidade e capacidade. Capacidade porque um juiz vê casos, porém não faz orçamentos, nem tem toda a informação que a situação requer sobre recursos e necessidades. Legitimidade porque a decisão judicial, por mais bem intencionada que seja, não pode contradizer a política do partido que ganhou as eleições (GARCÍA AMADO, 2004, p. 21-22).

Por outro lado, o deslocamento da esfera de produção legislativa e política para o Poder Judiciário tem o efeito de tornar a elaboração de regras gerais infensa ao escrutínio da população. Ainda que com todos os conhecidos problemas da democracia representativa, é certo que parlamentares e governantes se submetem periodicamente ao escrutínio popular (prestam contas aos eleitores e se submetem a avaliação periódica), e, ademais, assembleias e poderes legislativos são mais abertos à transparência e à participação popular. O Poder Judiciário é, dos poderes, o mais impermeável à cidadania. Salvo o *amicus curiae* do controle concentrado de constitucionalidade - agora merecidamente ampliado pelo novo Código de Processo Civil -, a concepção de uma decisão judicial é um ato eminentemente pessoal e impermeável à participação popular e ao controle social.

O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são outros aspectos que exigem reflexão. A crítica que se faz é no sentido de que o Poder Judiciário é uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e riqueza na sociedade e,

ademais, não permeável a todas as camadas sociais, sendo a judicialização um antídoto, ou uma antítese, à participação popular (BARROSO, 2012a).

Sob o prisma do controle social o prejuízo à democracia não se resume a problemas de transparência e avaliação, mas, sobretudo, de participação. Se a gestão dos recursos financeiros está nas mãos do juiz, não está nas de quem deveria estar, a exemplo dos Conselhos Municipais de Saúde, no caso da judicialização da saúde.

De resto, se, ao fim e ao cabo, a Constituição Federal é aquilo que o Poder Judiciário diz que ela é, pouco resta à sociedade em termos de esfera pública discursiva.

A esfera pública como espaço possibilitador da participação popular através do agir comunicativo e o direito como *medium* garantidor da liberdade e da igualdade dos atores sociais no processo discursivo constituem, respectivamente, os aspectos sociais e políticos do modelo procedimental de democracia deliberativa proposto por Habermas (1997). O elemento central de tal modelo reside em que

[...] o processo democrático institucionaliza discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação as quais devem fundamentar a suposição da racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo [...] A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora, graças à expectativa de uma qualidade racional dos resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante. (HABERMAS, 1997, p. 27-8).

De tal maneira, quanto maior for a produção de regras, valores, princípios e políticas pela esfera jurisdicional, tanto menos serão viabilizados os processos de discurso, decisão e deliberação pelos atores sociais.

Portanto, essa impermeabilidade da jurisdição à cidadania traz consigo problemas elementares para a democracia. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. A judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação (WALDRON, 2006, *apud* BARROSO, 2012a, p. 13). Além disso, produz a apatia da cidadania, que jaz à espera de juízes providenciais, e politiza os tribunais, contrapondo visões político-ideológicas. Para Barroso “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das

ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.” (2012a, p. 15.)

Nesse contexto, depender dos juízes e das cortes pode prejudicar os canais democráticos de duas formas: dispersando as energias e recursos da política e barrando uma construção política da decisão. Recorrer à política como meio de decisão tende a envolver os cidadãos na solução de questões públicas, induzindo o comportamento ativo de mobilização e sentimentos de cidadania, pertencimento e dedicação à comunidade. A ênfase no Poder Judiciário compromete esses valores. No mais, os canais políticos são mais eficientes para realizar reformas significativas e essenciais para a sociedade, do que a adjudicação judicial (SUSTEIN, 2008, p.186-187).⁸

Por conseguinte, não se trata apenas de debilidade de credenciais democráticas, pois a ascensão do Poder Judiciário como instância de discussão, deliberação e formação da opinião e da vontade da sociedade estanca os processos de inserção e envolvimento dos cidadãos na arena política, assim como implica elitizar a esfera discursiva, empobrecendo o debate e a construção de uma sociedade mais incluyente e democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a jurisdição, sobretudo constitucional, tem um papel contramajoritário importante quando tratamos de evitar que uma agenda que sobrepuje as liberdades e os direitos humanos se imponha por maiorias estáveis ou ocasionais, sendo de importância fundamental para garantir a estabilidade da democracia e a integridade dos avanços sociais.

Contudo, é tênue a fronteira que separa uma jurisdição garantidora de direitos, de um judiciário autoritário, que se imponha como um “superego” da sociedade.

Juízes e tribunais têm a rica experiência empírica de como se formam e onde jazem os conflitos sociais, o que é uma ferramenta inestimável na criação do direito como instrumento de emancipação social e estabilização da democracia. Parte daí

⁸ Sustain (2008) exemplifica lembrando que Martin Luther King foi uma fonte muito mais importante nas conquistas da população negra dos EUA do que todas as decisões sobre questões raciais da Suprema Corte dos Estados Unidos.

sua contribuição para o bem estar da sociedade, notadamente no que se refere a garantir a inserção cada vez maior dos cidadãos nas arenas democráticas, evitando que o mundo político seja colonizado pelo econômico.

Porém, a Constituição Federal não lhe confere atribuição legislativa ou executiva e a democracia não avança com essa distorção gerada por um judiciário convertido em legislador e ordenador de despesa. A democracia não se compraz com uma jurisdição que se converte, a um só tempo, em legisladora e executora orçamentária.

O juiz, por vocação e treinamento, estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a micro-justiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público (BARROSO, 2012a, 2012b).

Com a licença da metáfora, mas a ânsia por explorar e colonizar terras virgens não pode se sobrepor aos limites territoriais previstos na Constituição Federal.

A vigilância dessa fronteira deve ser intensificada pela sociedade, para que as intervenções da jurisdição se limitem a corrigir distorções de tipo inconstitucional/ilegal e, notadamente, para garantir a ampla participação de todos nos processos de decisão, evitando que direitos básicos conquistados a muito custo sejam suplantados por majorias de qualquer natureza.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 59, jan./fev. 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/09/A-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos.pdf> . Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Juris Plenum**, Direito Administrativo, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 25–49, jan./mar. 2014.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades**. Porto Alegre: TRF - 4ª Região, 2008. (Caderno de Direito Constitucional, módulo 5). Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_BOLZAN_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 22 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. 29 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=405490>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. 29 de junho de 2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4065372>
. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. 29 de junho de 2012. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4070308>
. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>
. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 8 de março de 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4899156>
. Acesso em 19 mar. 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 23, p. 115–126, nov. 2004. Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em 22 nov. 2015.

DA ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86–105, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/262/237>. Acesso em 19 mar. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Histórico. O Nascimento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em:
<http://www.defensoria.rs.def.br/lista/386/historico>. Acesso em 26 de mar. de 2016.

FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO RIO GRANDE DO SUL (FAMURS). Workshop debate alternativas para reduzir a judicialização da saúde. Disponível em:
<http://www.famurs.com.br/comunicacao/noticias/workshopdebatealternativasparareduzirajudicializacaodasaude#.VIToPr9SiJI>. Acesso em 24 nov. 2015.

FEREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas e Sociales**, México D. F., v. XLV, n. 184, p. 13–49, enero/abril 2002. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/421/42118402.pdf>. Acesso em 24 nov. 2015.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo**. Disponível em:
<http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/PRETEXTOS.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la constitución (1980-2010). **Gaceta Constitucional**, Doctrina Constitucional, Lima, n. 48, p. 289-305, 2010. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183–202, nov. 2000. Disponível em: <http://scholar.google.com/scholar?hl=en&btnG=Search&q=intitle:Judici?rio+como+su+perego+da+sociedade#1>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. **Oficina do Centro de Estudos Sociais**, Coimbra, n. 65, nov. 1995. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Minimalismo, democracia e expertise**: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. Disponível em: <https://xa.yimg.com/kq/groups/23516001/950865372/name/ARTIGO+ALEXANDRE+GARRIDO+DA+SILVA+VERSÃO+REVISADA+E+FINAL+PARA+RDE.doc>. Acesso em: 7 fev. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”. **Consultor Jurídico**. 12 jul. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>. Acesso em: 24 jan. 2016.

SUSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.