

# Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia

Gisele Cittadino

A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common-law* esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um “direito judicial”. No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.<sup>1</sup> Como assinala Luiz Werneck Vianna, após a Segunda Guerra, seja na preferência da bibliografia especializada, seja no âmbito da opinião pública,

(...) à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça.<sup>2</sup>

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas, podemos compreender porque a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de “judicialização da política” – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política”<sup>3</sup> – ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.

São, portanto, várias as razões através das quais podemos compreender o processo de “judicialização da política”. Esta ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. De qualquer

modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, “essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular”.<sup>4</sup> Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

É importante ressaltar, todavia, que são muitos os autores que, por reservar aos tribunais a função de estabelecer uma síntese interpretativa dos valores constitucionais forjados pelo povo, não manifestam qualquer temor de que o processo de judicialização da política venha a atuar contrariamente ao “império da lei” e seus fundamentos democráticos. Em um dos seus mais importantes trabalhos,<sup>5</sup> Bruce Ackerman, por exemplo, afirma que contra as grandes decisões políticas tomadas por uma cidadania fortemente mobilizada, a Suprema Corte Americana não pode legitimamente invocar nem mesmo o argumento de que tal deliberação viola os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Ackerman explicita o seu argumento recorrendo a um caso hipotético; ele imagina uma situação em que o avanço do fundamentalismo religioso no mundo islâmico encontraria como contrapartida no mundo ocidental uma formidável renovação dos compromissos do povo com a fé cristã. Como decorrência desta religiosidade revigorada, o povo americano, através de um forte movimento político, tomaria uma decisão revolucionária – representada por uma significativa “transformação no sistema”<sup>6</sup> – que terminaria por resultar na promulgação de uma nova Emenda Constitucional, que revogaria parcialmente a Primeira<sup>7</sup>, e cujo conteúdo seria o seguinte: “O Cristianismo é estabelecido como a religião oficial do povo americano e o culto público de outros deuses está, pela presente, proibido”<sup>8</sup>. Em face da promulgação desta hipotética XXVII Emenda Constitucional, os juízes da Suprema Corte Americana não poderiam declarar a sua inconstitucionalidade, através do *judicial review*, precisamente porque os direitos fundamentais, segundo Ackerman, não são prioritários nem podem subordinar a deliberação soberana do povo. Ao contrário, até mesmo as liberdades mais fundamentais – como a religiosa, por exemplo – dependem do processo público de autodeterminação.

Não é apenas no âmbito de discursos doutrinários e relatos de casos hipotéticos que a prioridade conferida à autonomia pública autoriza restrições aos cidadãos em nome de objetivos coletivos. Se observarmos, por exemplo, o caso do Canadá, veremos que esse país, da mesma forma como outras democracias contemporâneas, instituiu, em 1982, como parte integrante de sua Constituição, uma declaração de

direitos – a “Carta de Direitos e Liberdades” –, destinada a proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos canadenses. Com efeito, esta declaração de direitos assegura um conjunto de direitos e liberdades individuais (liberdade religiosa, liberdade de expressão, direito ao devido processo etc.), tanto quanto um tratamento igualitário para todos os cidadãos, proibindo práticas discriminatórias em razão de raça, sexo ou religião. Ao mesmo tempo, esses direitos individuais e as exigências de tratamento igualitário constituem base para a revisão judicial (*judicial review*) da legislação canadense em qualquer nível de governo. No entanto, ainda que o Tribunal Supremo do Canadá possa declarar a inconstitucionalidade das leis que violam a declaração de direitos, o instituto do *judicial review* é limitado por uma cláusula constitucional – a chamada cláusula do “não obstante” (*notwithstanding clause*) –, segundo a qual o Parlamento ou as Assembléias Provinciais podem instituir legislações imunes à revisão judicial, durante um certo período<sup>9</sup>. Foi com base nesta cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec, dentre elas a que os proíbe de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa. A validade dessa legislação, que impõe restrições aos direitos constitucionalmente assegurados, decorreria do fato de que foi instituída em nome de um objetivo comum, ou seja, a sobrevivência cultural dos franco-canadenses. Esta seria a única forma de lidar com a “pretensão homogeneizante” do Canadá inglês, contrária ao reconhecimento de Quebec como “sociedade distinta”<sup>10</sup>, evitando dessa maneira a violação da autodeterminação do seu povo e a imposição de “uma forma de sociedade liberal que lhes é alheia e à qual não podem acomodar-se sem sacrificar sua identidade”<sup>11</sup>.

O que nos resta agora é perguntar se o vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática, que subjaz ao processo de “judicialização da política”, pode viabilizar essa quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Em outras palavras, a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando “a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita (...), 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...”<sup>12</sup>.

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de confli-

tos entre direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos. As decisões de princípio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízos que “ponderam objetivos, valores e bens coletivos”<sup>13</sup>, pois, dado que normas e princípios constitucionais, em virtude do seu sentido deontológico de validade, são vinculantes e não especialmente preferidos, a interpretação constitucional deve decidir “qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores”<sup>14</sup>.

De outra parte, uma interpretação constitucional orientada por valores, que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. É precisamente por isso que em um Estado Democrático de Direito, a corte constitucional deve

(...) entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político”<sup>15</sup>.

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tomar parte na interpretação da Constituição, ampliando aquilo que Peter Häberle designa como “comunidade de intérpretes da Constituição”<sup>16</sup>, ou, de outra forma, favorecendo o processo de “judicialização da política”. O que

importa ressaltar, portanto, é que se o vínculo entre ativismo judicial e cidadania ativa não pode considerar o direito como um entrave ao processo democrático, isso não significa que o processo de “judicialização da política” não tenha espaço em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia. Em outras palavras, o processo de “judicialização da política” pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade ética, para referir-se ao processo através do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição, sem que seja preciso apelar para aquilo que Jürgen Habermas designa como “confiança antropológica nas tradições”.<sup>17</sup>

Com efeito, é preciso observar que em muitos contextos históricos – o caso norte-americano, por exemplo – o contínuo desenvolvimento constitucional viabiliza modelos hermenêuticos que asseguram uma interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos. No entanto, em outras sociedades, não se pode apelar para uma visão substantiva da democracia constitucional, ancorada na confiança em tradições e práticas constitucionais. Nos casos em que a história constitucional é marcada por rupturas e não por continuidades, quando não é possível apelar para uma “comunidade de destino” ou para a “confiança antropológica nas tradições”, o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, através do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, quando não podemos recorrer a valores compartilhados ou conteúdos substantivos, temos a alternativa de substituir a “nação de cultura” pela “nação de cidadãos”.<sup>18</sup>

Esse é certamente o caso brasileiro. Se hoje nos permitimos discutir o processo de “judicialização da política” é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais. Se a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores, é preciso, portanto, implementar e inscrever os seus princípios em nossa história política. Para isso, o processo de “judicialização da política” não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.

*Gisele Cittadino*  
*Professora da PUC-Rio*

## Notas

1. Ver, a respeito, Tércio Sampaio Ferraz Jr.. *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa* (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Editora Atlas, 1989, p. 11.
2. Cf. Luiz Werneck Vianna. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política. In: *Estudos Históricos*, vol. 9, nº 18, 1996, p. 263.
3. Ver, a respeito, Michel Guénaire. *La Constitution ou la fin de la politique*. Este texto foi publicado pela Revista *Le Débat* (nº 64, março-abril de 1991), juntamente com mais quatro artigos de autores franceses que, ao contrário de Guénaire, não vislumbram qualquer relação perversa entre o direito e a política: Louis Favoreu, *De la démocratie à l'État de droit*; Stéphane Rials, *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme*; Dominique Rousseau, *La Constitution ou la politique autrement*; e Michel Troper, *Le droit, la raison et la politique*.
4. Cf. Carlo Guarneri e Patrizia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999, p. 27.
5. Ver Bruce Ackerman. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
6. Ressalte-se, no entanto, que, segundo Ackerman, uma decisão política revolucionária apenas se traduz em efetiva mudança constitucional quando três condições são obtidas. Em primeiro lugar, o movimento político que a deflagra deve convencer um número extraordinário de cidadãos a discuti-la com seriedade. Em segundo lugar, todos aqueles que a ela se opõem devem ter assegurado o direito de expor amplamente os argumentos que sustentam sua posição contrária. Finalmente, a maioria dos cidadãos deve continuamente apoiar esta decisão e seus efeitos, quando ela é discutida nos foros constitucionais adequados, especialmente no âmbito da Suprema Corte.
7. A Primeira Emenda à Constituição Americana impede que o Congresso institua qualquer religião oficial, proíba o exercício de cultos religiosos, restrinja a liberdade de expressão e de imprensa, limite o direito do povo de reunir-se pacificamente ou o direito de petição aos poderes públicos. As dez primeiras emendas constitucionais americanas, ratificadas em 15 de dezembro de 1791, constituem a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*).
8. Cf. Bruce Ackerman. *We the People. Foundations*. Op. cit., p. 14.
9. É necessário ressaltar que a chamada cláusula do “não obstante” não pode ser invocada em relação à legislação que limite as liberdades religiosas, de expressão, de assembleia, de associação, o direito ao *habeas corpus* e outros direitos considerados básicos. Ao mesmo tempo, as leis imunes ao controle judicial devem ser renovadas após cinco anos, pois, caso contrário, estão automaticamente derogadas. Ver, a respeito, Joseph Carens. Complex Justice, Culture and Politics. In: *Pluralism, Justice and Equality* (David Miller e Michael Walzer eds.). Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 53.



10. Quebec integra o Estado canadense, mas é reconhecida como “sociedade distinta” por uma emenda constitucional, designada como Emenda Meech.
11. Cf. Charles Taylor. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 90.
12. Cf. Ingeborg Maus. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade Jurisprudencial na sociedade órfã*. Op. cit., pp. 186-187.
13. Cf. Jürgen Habermas. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996, pp. 239-240.
14. Idem, pp. 260-261.
15. Cf. Jürgen Habermas. *Más allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 99.
16. Ver, a respeito, Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
17. Ver, a respeito, Jürgen Habermas. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
18. Idem.

### **Referências bibliográficas**

- ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- CARENS, Joseph. Complex Justice, Culture and Politics. In: *Pluralism, Justice and Equality* (David Miller e Michael Walzer eds.). Oxford: Oxford University Press, 1995.
- FAVOREU, Louis. De la démocratie à l'État de droit. In: *Le Débat*, n° 64, março-abril de 1991.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa* (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Editora Atlas, 1989.
- GUARNIERI, Carlo e PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999.
- GUÉNAIRE, Michel. La Constitution ou la fin de la politique. In: *Le Débat*, n° 64, março-abril de 1991.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- MAUS, Ingeborg Maus. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. In: *Novos Estudos*, CEBRAP, n° 58, novembro de 2000.
- RIALS, Stéphane. *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme*. In: *Le Débat*, n° 64, março-abril de 1991.



- ROUSSEAU, Dominique. *La Constitution ou la politique autrement*. In: *Le Débat*, n° 64, março-abril de 1991.
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- TROPER, Michel. *Le droit, la raison et la politique*. In: *Le Débat*, n° 64, março-abril de 1991.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário, "positivação" do direito natural e política*. In: *Estudos Históricos*, vol. 9, n° 18, 1996.

### **Resumo**

As sociedades democráticas contemporâneas convivem, cada vez mais, com a ampliação da ação judicial. Este artigo pretende analisar como na origem da expansão do poder dos tribunais, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, percebe-se uma mobilização política da sociedade. É por essa razão que o vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como "judicialização da política".

### **Palavras-chave**

Ativismo judicial, "judicialização da política".

### **Abstract**

The contemporary democratic societies have to deal, ever more, with the amplification of the judicial action. This article intention is to analyze how in the genesis of the expansion of the court's power, either in the central countries or in peripheral ones, we can verify a political mobilization of the society. That is the reason why the relation between democracy and judicial activism has been referred as "judicialization of politics".

### **Key-words**

Judicial activism, "judicialization of politics".