

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS* **

Manoel Messias Peixinho

RESUMO

A judicialização da política significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do *checks and balances*. A judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes. A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos. O objetivo deste trabalho é traçar, em linhas gerais, a relação entre a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes a partir de dois núcleos básicos. O primeiro visa a delinear a doutrina clássica e contemporânea da separação dos poderes e o segundo núcleo pretende discorrer sobre as novas tendências da jurisdição constitucional pautada pela judicialização da política no Brasil e em alguns países em que a judicialização da política recebe atenção especial por parte da doutrina e se torna parte significativa e integrante do neoconstitucionalismo

PALAVRAS-CHAVES: SEPARAÇÃO DOS PODERES; JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; DEMOCRACIA; NEOCONSTITUCIONALISMO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUMÉ

La judiciarisation du politique signifie l'intervention décisoire du Pouvoir Judiciaire capable de toucher la conjoncture politique dans les démocraties contemporains. La conséquence immédiate de celui-là intervention est l'élargissement du pouvoir judiciaire dans des matières qui seraient réservées les compétences des Pouvoirs Exécutif et Législatif avec inspiration dans la théorie de *checks and balances*. La judiciarisation du politique ne signifie pas la délégation du Pouvoir Législatif de sa compétence au Pouvoir Judiciaire dans les États de Droit et ni l'usurpation judiciaire de principe de séparation des pouvoirs. La judiciarisation du politique est un instrument démocratique de concrétisation des droits fondamentaux moyennant la performance activiste du pouvoir Judiciaire toujours conformément à la Constitution et avec les principes démocratiques. L'objectif de ce travail est tracer dans des lignes générales la relation

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes

entre la judicialização du politique et le principe de séparation des pouvoirs conformément à deux noyaux basiques. Premier il prétend délinéer la doctrine classique et contemporain de séparation des pouvoirs et du second noyau prétend discourir sur les nouvelles tendances de la juridiction constitutionnelle réglée par la judicialização du politique au Brésil et dans quelques pays où la judicialização du politique reçoit attention spéciale de la part de la doctrine et se rend partie significative et intégrante du nouveau constitutionalism.

MOTS-CLÉS: LA SÉPARATION DES POUVOIRS; DÉMOCRATIE; JUDICIARISATION DU POLITIQUE; NOUVEAU CONSTITUTIONALISM; DROITS FONDAMENTAUX.

INTRODUÇÃO

O tema judicialização da política e politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *checks and balances*. Para Boaventura de Sousa Santos, “a judicialização da política conduz à politização da justiça”. Nesta linha, “há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições políticas.”[1] O objetivo deste trabalho é traçar, em linhas gerais, a relação entre a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes a partir de dois núcleos básicos. O primeiro visa delinear a doutrina clássica e contemporânea da separação dos poderes e o segundo núcleo pretende discorrer sobre as novas tendências da jurisdição constitucional pautada pelo ativismo judicial no Brasil e em alguns países em que a judicialização da política recebe atenção especial por parte da doutrina.

1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes surge, pela primeira vez, como teoria política, no pensamento de John Locke (1632-1704). Este denominou os três poderes indispensáveis às sociedades políticas, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo. Para Locke, o Poder Legislativo tem a competência de fixar as leis com o objetivo de preservar a sociedade política e os seus membros. As leis elaboradas têm força para se estabilizarem com o tempo, mas requerem, contudo, execução continuada. Para cuidar da execução das leis há necessidade, em muitos casos, de um Poder Executivo separado do Poder Legislativo. O Poder Federativo compreende o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações externas.[2] Observa John Locke que os Poderes Executivo e Federativo estão quase sempre unidos e raramente podem ser desempenhados por pessoas diferentes. Porém, para a preservação da sociedade política

há somente um único poder supremo, que é o Legislativo, ao qual todos os outros poderes estão subordinados.[3]

Nas obras de Montesquieu (1689-1755)[4] há rica e inesgotável fonte de inspiração teórica sobre limites do poder e da garantia da liberdade política, por meio da legalidade, da separação dos poderes e da relação da lei com a liberdade, com principal ênfase na consagração de algumas garantias processuais de defesa da liberdade e do papel das forças armadas. Foi, também, significativa a influência na Declaração de 1789 e nas constituições posteriores a distinção estabelecida por Montesquieu entre liberdade política e sua relação com a Constituição e o cidadão, ou entre princípios de organização dos poderes e direitos humanos. A liberdade política vista na Constituição não seria meramente um princípio de organização, mas um direito à participação. Montesquieu, inspirado na teoria esposada por John Locke, entende que os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial devem ser atribuídos a pessoas diferentes, sem, contudo, pontuar rigorosa separação entre as funções. Em Montesquieu há verdadeira harmonia que enseja a atribuição conjunta e indivisível de três órgãos, quer dizer, a co-soberania de três órgãos políticos.

A divisão dos poderes foi consagrada como princípio formal fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 16) que se expressa na criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetiva o afastamento do despotismo do antigo regime e garantir a liberdade e os direitos fundamentais. Para os deputados de 1789, a separação dos poderes era um dogma, a ponto de ser positivado na Declaração o princípio de que uma sociedade que não garantisse a separação dos poderes não tinha Constituição. Percebe-se, na adoção do princípio, a influência de Montesquieu na Constituição inglesa que inclui, também, as contribuições de Rousseau.[5]

2. REVISÃO CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável de acordo com o seguinte axioma: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes. Por conseguinte, o Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa. Não somente a competência para editar medidas provisórias[6], mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infralegais originados de autarquias que têm função regulatória, a exemplo das agências reguladoras de serviços públicos concedidos e de agência de regulação da ordem financeira. Nesse sentido, a crescente intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo poder-se-ia denominar de ativismo dos órgãos do Poder Executivo. Há muito tempo que no direito brasileiro os atos administrativos vêm se incorporando à ordem jurídica com nova configuração. Explico: os atos normativos

infralegais emanados de autoridades administrativas têm regulado situações jurídicas não contempladas pela lei ou, em outra hipótese, nos casos de insuficiência da legislação formal. O exemplo bem significativo dessa nova tendência foi o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade[7] ajuizada em face da Resolução n. 07, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça. O ato normativo emanado do Conselho Nacional de Justiça proibiu a prática do nepotismo em todas as instâncias do Poder Judiciário, sem que houvesse lei em sentido formal que proibisse a contratação de parentes. Ainda que se argumente que a proibição do nepotismo já existia em decorrência da vedação implícita dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, é indiscutível que o ato administrativo normativo foi capaz de criar uma situação jurídica nova e, conseqüentemente, afetar direitos subjetivos, sem que, repita-se, existisse lei em sentido formal que vedasse a prática da contratação de parentes nos cargos de livre nomeação e exoneração em que há, inclusive, permissivo constitucional.[8] No que tange à competência normativa do Poder Judiciário, ou na expressão utilizada por François Rigaux, “a invasão do legislativo no judiciário”[9], há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes se apresenta de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e competência para dirimir conflitos de competência entre órgãos e resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais.

Se do ponto de vista da eficiência é necessário buscar o grau ótimo de eficácia das sentenças do Tribunal Constitucional, seus limites não podem lograr êxito em razão de diferenças abissais entre direito e política. A Jurisdição Constitucional é a justiça política no sentido de que tem que enfrentar objeto político (direito constitucional político) e seus membros são designados por instâncias políticas e suas decisões têm efeitos políticos mais ou menos amplos. Assim sendo, o direito constitucional é justificável não só em seu conjunto, senão que o próprio Tribunal Constitucional tem que se manifestar sobre a violação da Constituição nos casos que se apresentem. Entretanto, não pode deixar de atuar sob a alegação de que a decisão implicaria em judicialização.[10]

O poder de interpretação do Tribunal Constitucional Federal germânico, segundo Hans Peter Schneider alcança a sua máxima extensão no controle de conteúdo quando reduz ao máximo as margens políticas de atuação e de decisão dos órgãos estatais. Por controle de conteúdo, entenda-se o exame das decisões dos poderes políticos sobre a base de conformidade objetiva com as normas da Lei Fundamental e desde o ponto de vista de sua correção moral. Nas sentenças do Tribunal Constitucional Federal alemão constata-se a preferência do controle de conteúdo, principalmente quando são priorizadas questões de proteção aos direitos individuais e da liberdade pessoal (liberdade de movimento, vida, integridade física), necessidades básicas (alimentação, vestuário, moradia) ou possibilidades de desenvolvimento pessoal (acesso a profissões, eleição de ensino).[11]

É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.

Por último, pontua Klaus Stern que sem a judicialização da constituição é quase impossível o cometimento de violações à Constituição. Apesar de não existir cláusula

geral que consagre a Justiça Constitucional, tendo em vista as amplas competências do Tribunal Constitucional Federal alemão, não há qualquer questão relevante que não possa ser apreciada pela Justiça Constitucional. O princípio da divisão e separação de poderes, *checks and balances of powers*, não só tem a função de assegurar a liberdade senão também de garantir a constituição.[12]

3. ESTADO DE DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Há dois sentidos de Estado de Direito: um sentido forte e um sentido fraco. No primeiro, fraco ou formal, o Estado de Direito designa qualquer ordenamento jurídico em que os poderes públicos são conferidos por lei e exercidos na formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos. Neste sentido corresponde ao termo alemão *Rechtsstaat*, que configura todos os Estados de Direitos contemporâneos, inclusive aqueles considerados antiliberais, em que os poderes públicos têm fonte e forma legal. Num segundo sentido, forte e substancial, em contraponto com o modelo de Estado fraco, Estado de Direito corporifica os ordenamentos em que os poderes constituídos estão vinculados formal e substancialmente a lei, incluindo o Poder Legislativo. Neste sentido, os Estados de Direito estão vinculados ao respeito de princípios substanciais estabelecidos por normas constitucionais, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.

Os significados de estado forte e estado fraco correspondem a modelos normativos diferentes. O modelo paleo-juspositivista do Estado Legislativo (ou Estado legal) é contemporâneo do nascimento do Estado Moderno. Este tem o monopólio da produção jurídica e espelha o paradigma de neo-juspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), que é produto, por sua vez, da difusão na Europa, por meio da Segunda Guerra Mundial, das constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias.

Esses modelos refletem duas experiências históricas diferentes, ambas desenvolvidas no continente europeu e fruto, cada uma delas, de uma tripla mudança de paradigma: (a) natureza e estrutura do direito; (b) natureza da ciência jurídica e (c) jurisdição. Conseqüentemente, identificam-se três paradigmas: Estado pré-moderno, Estado legislativo de direito e Estado constitucional de direito.

No que diz respeito à judicialização, o Estado de Direito sofre profunda modificação quando abandona a missão de Estado exclusivamente legislativo, preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos, e passa a considerar a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Luigi Ferrajoli identifica com precisão a crise por que passam os dois modelos de Estado de Direito. O princípio da legalidade correlato ao Estado Legislativo de Direito entra em crise em razão de dois fatores: (a) inflação legislativa e disfunção da linguagem legal que são resultados de uma política de degradação da legislação e da administração, o que provocou perda da distinção entre ambas as funções. Melhor explicado. A promulgação de leis com baixo teor de tecnicidade, vazadas em linguagem obscura, ensejou a discricionariedade dos juízes para poderem aplicar melhor a lei com

inteligência e teve, conseqüentemente, a formação natural, cada vez mais, de uma jurisprudência administrativa ou privada. O segundo aspecto a ser considerado é que houve (há) uma verdadeira crise que afeta o modelo garantista da Constituição com relação à legislação – que é o marco distintivo do Estado Constitucional de Direito – a significar o fim do monopólio legislativo do Estado nacional.

As principais causas do enfraquecimento do Estado são, dentre outras, a formação dos organismos comunitários dotados de maior poder normativo e, conseqüentemente, a criação de um direito e jurisprudência comunitários que passam a se sobrepor, hierarquicamente, às legislações dos Estados nacionais. Desta forma, os dogmas jurídicos da reserva de lei e do princípio da legalidade vão progressivamente perdendo o sentido. Entendo que o cenário para melhor compreender a decadência do Estado legislativo é apontar os fatores que ensejaram o surgimento de um novo constitucionalismo em que o juiz exerce um papel de destaque na efetivação dos direitos. Riccardo Guastini indica algumas razões que conduziram a constitucionalização do ordenamento jurídico. Neste cenário, a Constituição deixa de ser compreendida como um conjunto de normas que são meramente manifestos políticos e cuja concretização seria competência apenas do legislador ordinário.

A virada no processo de constitucionalização do direito se dá mediante a seguinte premissa: a teoria de que toda norma constitucional, seja qual for a sua estrutura ou conteúdo normativo (1) “é uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos”. Como conseqüência do processo de constitucionalização sobressai (2) um modelo de “sobre/interpretação”. A premissa fundamental que embasa a “sobre/interpretação” é a seguinte: as Constituições são documentos com textura aberta, normas indeterminadas. Assim, toda Constituição, devido a sua natureza aberta e indeterminada, está sujeita a dois modelos de interpretação: uma interpretação literal ou restritiva e uma interpretação extensiva. Se a opção for por uma interpretação literal, a Constituição regula apenas uma limitada parcela da vida política e social e deixa um amplo espaço sem qualquer regulação para que o legislador possa regulamentá-lo. A conseqüência mais importante para o tema deste trabalho, é que os espaços vazios deixados pela Constituição são preenchidos livremente pelo legislador e não há que se falar em lei inconstitucional e nem se pode admitir qualquer intervenção judicial em relação à discricionariedade política do legislador. Se, contudo, optar-se por uma interpretação extensiva, a Constituição poderá ser “sobre/interpretada”. Nesse caso, a metodologia hermenêutica extrairá inúmeras normas implícitas capazes de regular quaisquer aspectos da vida social e política. A conclusão quando se adota a teoria da “sobre/interpretação” é singela: desaparecem os espaços vazios, isto é, imunes ao direito constitucional e toda a legislação passa a ser pré-regulada por outra norma de direito constitucional. Em síntese: não existe espaço vazio para nenhuma discricionariedade legislativa e não haverá questão de legitimidade constitucional da qual se poderá dizer que seja uma questão exclusivamente política que obste o conhecimento do juiz da legitimidade constitucional das leis. Agregada à teoria da “sobre/interpretação” alia-se e difunde-se outra teoria: (3) a aplicação direta das normas constitucionais. Esta teoria se contrapõe ao dogma liberal clássico de que a função da Constituição era limitar o poder estatal. De acordo com o paradigma liberal, as normas constitucionais não regulavam as relações privadas, ou seja, as relações sociais entre particulares eram dirigidas pela legislação ordinária, em especial pelos Códigos Civil e Penal. As normas constitucionais se limitavam, exclusivamente, a normatizar a organização do Estado e as relações entre Estado e cidadão. Os juízes, na tradição liberal clássica, limitam-se a

aplicar somente a lei. A Constituição, para essa ideologia, somente poderia ser concretizada mediante a intervenção do legislador. Em franca oposição, o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) apregoa que a função da Constituição é regular as relações sociais. A essência desse novo constitucionalismo adota uma metodologia em que os princípios gerais e as normas programáticas produzem efeitos diretos e podem ser aplicados por qualquer juiz ante as controvérsias. Adite-se: as legislações devem ser produto do desenvolvimento dos princípios constitucionais ou da execução direta dos programas de reforma introduzidos pela Constituição. Outra idéia decorrente é que as normas constitucionais devem ser aplicadas entre particulares ao menos quando a legislação infraconstitucional for incapaz resolver o litígio. A teoria que impõe a interpretação conforme as leis é outra manifestação do novo modelo de constitucionalismo. Essa teoria (4) pressupõe que as texturas normativas permitem mais de um sentido porque existe um significado preordenado ao processo de interpretação. Ou seja, cada texto legislativo pode produzir mais de uma norma. A partir dessa premissa duas posturas hermenêuticas são possíveis. A primeira conduz a uma interpretação *in abstracto*, que leva em consideração apenas o texto normativo, a segunda pontua que a interpretação concreta sobreleva a situação fática em concreto. Diante dessas possibilidades, o juiz pode ter duas posturas: (a) interpretar a situação fática de forma abstrata e considerar a lei inconstitucional ou interpretar *in concreto* e (b) realizar a interpretação da lei conforme a Constituição. A última teoria (5), a influência da Constituição sobre as relações políticas, diz respeito direto ao tema da judicialização da política. O enfrentamento do binômio Constituição/relações políticas exige a análise de algumas variantes, a saber: (a) o conteúdo da Constituição; (b) a postura dos juízes, principalmente das Cortes Constitucionais; (c) a postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos. Quanto ao conteúdo da Constituição, algumas Constituições (alemã, art. 93 e italiana, 134) e seus respectivos Tribunais Constitucionais, têm a competência para dirimir conflitos entre os órgãos constitucionais. Tais conflitos são, em verdade, dissídios políticos que advém entre os órgãos do Estado. Desta forma, em certos ordenamentos jurídicos os conflitos exclusivamente políticos podem ser resolvidos por órgão judicial mediante a utilização de normas constitucionais. No que diz respeito à atuação dos juízes em particular e dos Tribunais Constitucionais, em geral, que julgam a legitimidade de lei, podem-se adotar dois procedimentos: (1) uma posição *self-restraint* frente às questões políticas e seguir a linha de obediência à discricionariedade do legislador; (2) adota, ao contrário, uma atitude de discussão das matérias legislativas desde que não sejam claramente inconstitucionais. Os argumentos utilizados para controlar a discricionariedade política do legislador são os seguintes: (a) o princípio da igualdade reconstruído pelo princípio da razoabilidade das distinções e classificações legislativas; (b) a ponderação dos princípios constitucionais quando estão em conflito. Por último, quando se fala da atuação dos órgãos constitucionais e dos atores políticos, afirma-se que as normas constitucionais podem ser usadas na argumentação política dos órgãos e pelos atores para justificar suas ações e decisões.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O tema controle de constitucionalidade pressupõe sempre a existência de um modelo de constituição rígida. A constituição é rígida quando é escrita e protegida contra a legislação ordinária, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser derogadas ou modificadas senão mediante um procedimento formal, complexo e especial de revisão constitucional diferente qualitativamente do procedimento previsto para a alteração das leis infraconstitucionais. Na atualidade quase todas as constituições são rígidas. A consequência da adoção de um modelo de constituição rígida é a construção de um órgão de controle capaz de preservar e proteger a normatividade constitucional contra possíveis atos normativos constitucionais.

Há, hodiernamente, três sistemas de controle de constitucionalidade. Primeiro modelo (Estados Unidos).[13] Controle *a posteriori* (por via de exceção) e, portanto, controle concreto, exercido por um juiz no âmbito de sua competência jurisdicional. Este modelo tem duas características importantes: (a) possibilita que uma lei inconstitucional entre em vigor e, também, que seja aplicada por um longo tempo antes de ser declarada ilegítima por um juiz. (b) A declaração de inconstitucionalidade de uma lei por um juiz, inclusive de um Tribunal Superior, não produz efeitos gerais, senão apenas no caso controvertido. Porém, é importante salientar que os efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, conquanto teoricamente limitados, poderão gerar efeito geral, desde que no ordenamento jurídico pertinente esteja presente o princípio *stare decisis*, ou seja, o princípio que confere força vinculante aos precedentes das jurisdições superiores. Segundo modelo (França). Controle *a priori* ou por via de ação e, portanto, *in abstracto*, exercido por um Tribunal Constitucional ou órgão similar. Este controle impede que uma lei inconstitucional entre em vigor. Porém, essa espécie de controle não pode assegurar uma conformidade total das leis com a Constituição, uma vez que os possíveis efeitos inconstitucionais de uma lei nem sempre podem ser determinados plenamente porque não é possível mensurar os impactos no caso concreto. Terceiro modelo (Alemanha, Itália, Espanha etc.). Controle *a posteriori* (por via de exceção) e, portanto, *in concreto*, exercido por um Tribunal Constitucional. Este controle, uma vez que é *a posteriori*, não impede que uma lei inconstitucional entre em vigor. Por outro lado, a decisão que declara inconstitucional uma lei tem efeitos *erga omnes*, o que impede que o juiz das instâncias inferiores aplique a lei.[14]

Quanto ao modelo de controle de constitucionalidade feito por um Tribunal Constitucional, ressalvadas as peculiaridades dos modelos supracitados, 17 de um total de 25 países da União Européia têm Tribunais Constitucionais, a saber: Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Portugal, Espanha, Chipre, República Checa, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia e Eslovênia.[15]

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os direitos fundamentais se confundem, num primeiro estágio, com as garantias liberais clássicas oriundas dos contributos ingleses, franceses e americanos. A configuração dos direitos fundamentais se dá mediante a proteção do indivíduo, daí que as primeiras constituições são liberais e centradas no individualismo. Posteriormente, as constituições do Estado de Bem Estar Social incorporam a proteção de direitos

econômicos, políticos, culturais e sociais, após sangrentas lutas travadas pelos excluídos que vivem à margem da proteção do Estado Liberal.

Nas constituições contemporâneas “constituição e direitos fundamentais” estão umbilicalmente associados. A premissa metodológica formal do modelo de Constituição cede lugar ao modelo de Constituição engajada, a objetivar a materialização de direitos essenciais e indispensáveis à fruição da dignidade humana, que rechaça o paradigma exclusivamente formal de liberdade e igualdade forjado pelo liberalismo clássico. A constituição do Estado Constitucional deve garantir os meios materiais para a realização plena dos direitos fundamentais. Neste sentido, os direitos políticos assumem relevante papel de destaque porque instrumentalizam a cidadania ativa e tornam cidadãos autores do projeto de realização do direito mediante a participação direta nos pleitos eleitorais e, também, através da defesa de direitos mediados pelo Poder Judiciário.

6. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No direito constitucional contemporâneo o juiz deixou de ter um papel passivo. Ou seja, aquela figura mítica que apenas pronunciava a vontade do legislador ou era o escravo da lei, cedeu lugar a um novo paradigma. “O novo juiz” transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas. A missão hermenêutica não é apenas a interpretação da lei ou da Constituição, mas de todo um acervo fático que repercute no conjunto de toda uma sociedade. Ademais, com a assunção do controle de constitucionalidade, o juiz passa a ser o mais importante guardião da Constituição e dos direitos fundamentais. É, ainda, o último defensor contra as violações que possam atingir as garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes.

Diante da crescente necessidade de preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais, a nova metodologia constitucional impõe que o juiz exerça uma atividade discricionária a visar à solução de casos difíceis em que os métodos tradicionais se tornaram insuficientes.

Passo, a seguir, a fazer uma breve resenha dos principais autores que no direito estrangeiro têm se dedicado ao tema objeto desta monografia.

6.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

No direito estrangeiro o fenômeno da judicialização da política está presente em diversos países, principalmente naqueles em que o Poder Judiciário tem um papel ativo

na interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais. Apenas para conhecimento sumário, uma vez que o escopo deste trabalho não permite uma reflexão mais aprofundada, segue a análise de alguns países que adotam nos seus sistemas jurídicos, respeitadas as peculiaridades históricas e culturais, interpretações generosas da Constituição e dos direitos fundamentais.[16]

6.1.1 ESTADOS UNIDOS

Na tradição estadunidense, destaco os contributos de Ronald Dworkin e Bruce Ackerman. Dworkin elenca argumentos favoráveis e contrários aos juízes incorporarem a competência legislativa. Os argumentos favoráveis ao juiz incorporar a competência legislativa podem ser assim sintetizados. (a) As leis e as regras de direito costumeiro são vagas e devem ser interpretadas antes de serem aplicadas a novos casos. (b) Os juízes devem, às vezes, criar um novo direito seja essa criação dissimulada ou explicitamente. Porém, ao fazê-lo, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. (c) Os juízes criam leis em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivessem agindo por iniciativa própria.

Os argumentos contrários ao juiz incorporar a competência legislativa são os seguintes. (a) É enganoso o argumento de que os juízes legislam quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras autoridades públicas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política, qual seja: entre argumentos de princípio e argumentos de política.[17] (b) Não há dúvida que as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. (c) Se nos casos difíceis, em que nenhuma regra jurídica estabelecida prevê a decisão esperada para o caso concreto, a alternativa factível será a adoção de argumentos de princípio e não de política. [18]

Bruce Ackerman tem posição moderada em relação à doutrina de Dworkin e quanto ao ativismo judicial. O Poder Judiciário é apenas mais um órgão institucional que faz parte da teoria geral da política dualista. Quando há violação à Constituição, os juízes devem invalidar os atos normativos inconstitucionais e apresentá-los como realmente são: meros substitutos do povo em si. Somente o povo pode modificar a Constituição e os juízes devem impedir que o Congresso proceda a alterações básicas indevidamente. Porém, as prerrogativas dos magistrados não significam que o Poder Judiciário é superior ao Poder Legislativo. Simplesmente sugere que o poder popular é superior a ambos e que quando houver conflitos entre a vontade do Legislativo, declarada em seus estatutos, e a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer à vontade do povo constitucionalmente prevista.[19]

6.1.2 ALEMANHA

Na tradição germânica destaco as contribuições de Jürgen Habermas e Robert Alexy.[20] Habermas filia-se à teoria de Ronald Dworkin. Segundo a teoria habermasiana, o direito situa-se entre a política e a moral e que o discurso jurídico incorpora não somente argumentos políticos que visam objetivos, mas, também, argumentos de fundamentação moral.[21] Os princípios morais do direito natural transformam-se (grande parte se transformou)[22] em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Não é exato afirmar que a lei determina exclusivamente os juízos. Nas frestas da decisão dos juízes se imiscuem argumentos mediante preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais e introduzem interesses não confessos, ao invés de bons argumentos.[23]

Contra a posição daqueles autores que defendem a vocação inerte do juiz, Habermas argumenta que na modernidade, se as normas se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito se dissolveria em política, o que implicaria na dissolução do próprio conceito do político. O resultado seria que o próprio poder político não poderia mais ser legitimado pelo direito, pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora. No momento em que a legitimação é apresentada na condição de realização própria da política, há o abandono dos conceitos de direito e política.[24]

No que diz respeito à hermenêutica jurídica, o papel do juiz, para teoria habermasiana, será sempre ativo, de acordo com os seguintes argumentos: (a) mesmo que a racionalidade procedimental dotada de conteúdo moral estivesse assegurada institucionalmente, as leis não poderiam normalmente atingir uma força semântica e uma determinação completa a ponto de se transformar em algo parecido com uma tábua de algarismos a ser aplicado pelo juiz. (b) A hermenêutica filosófica revela que os atos de interpretação nos quais se aplicam regras estão entrelaçados indissolúvelmente com atos de construção que desenvolvem implicitamente o direito (no sentido de Dworkin). (c) No processo da legislação, pode emergir uma moralidade que emigra para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos que se encontram sob as limitações do ponto de vista moral hão de respeitar ao fundamentar as normas.[25]

No magistério de Robert Alexy, a ciência do direito, tal como é cultivada na atualidade é, antes de tudo, uma disciplina *prática* porque sua pergunta central reza: o que é o devido nos casos reais ou imaginários? Esta pergunta é formulada a partir de uma perspectiva que coincide com a do juiz. Ou seja, a perspectiva do juiz é a que caracteriza primariamente a ciência do direito e os enunciados e teorias nela expostas a partir desta perspectiva, por mais abstratos que possam ser, estão sempre referidos à solução de casos, isto é, à fundamentação de juízos jurídicos concretos de dever-ser.[26]

6.1.3 ESPANHA

No direito espanhol, destacam-se Raúl Canosa Userá, Miguel Beltran, Eduardo García de Enterría e Aurélio Menéndez. Raúl Canosa Userá afirma que a preponderância e a vinculação aos poderes públicos das interpretações do Tribunal Constitucional resultaram na “judicialização do ordenamento jurídico espanhol.” Ante a generalização da Justiça Constitucional, muitos problemas enfrentados estavam jungidos ao livre arbítrio das forças políticas. Mas, em compensação, a judicialização incorporou uma distinta concepção de justiça, não mais formal, senão substancial, devido a que seu fundamento impõe a adequação material de todo o ordenamento jurídico aos princípios fundamentais, cuja síntese é a fórmula política. Por fim, o formalismo aparelhado de uma compreensão tradicional do fenômeno jurídico não responde, em absoluto, às pretensões da judicialização, toda vez que a redução formalista não é capaz de satisfazer a finalidade tutelada pela Justiça Constitucional.[27]

Doutrina Miguel Beltran que para os defensores da restrição ou autocontrole judicial (*judicial restrain, judicial deference*), a idéia básica é que a função própria do juiz é interpretar a lei ou a constituição e não emendá-las. O intérprete não pode construir a Constituição que mais se adapte a seus pontos de vista, sob pena de usurpar um poder que corresponde ao Legislativo. O dever do juiz é limitar-se ao direito positivado e renunciar o direito de melhorar o ordenamento jurídico. Quando não houver uma solução clara, (normalmente seguindo a linha do interpretativismo), o juiz não pode impor a sua própria interpretação.[28]

Numa posição mais intermediária, Eduardo García de Enterría e Aurélio Menéndez entendem que o juiz não é um órgão cego e automático de aplicação das leis, mas tampouco pode ser o senhor do direito em sociedade livre e igualitária. O papel do juiz continua a ser central e insubstituível na sociedade democrática, por mais que haja a predominância da Constituição e com o papel ativo do juiz, mas sempre focado no serviço da Constituição e da lei de seus valores próprios.[29] Aduz, ainda, Enterría que a atuação do juiz não é inspirada numa espécie de superioridade moral. Está, antes, vinculada aos valores da democracia. Estes provêm do resultado do que está estabelecido na lei e no direito, que é, por sua vez, expressão da vontade geral. Assim, o Estado de Direito é um Estado de Justiça, no sentido de justiça judicial e não qualquer outra fonte estérea. O importante que se deve resgatar do pensamento de Enterría é a proposta de vinculação entre o juiz e os valores jurídico-democráticos, que se manifestam pela participação ativa das minorias no processo democrático.[30]

6.1.4 ITÁLIA

No direito italiano devem ser referenciados os contributos de Mauro Cappelletti[31], Gustavo Zagrebelsky e Riccardo Guastini.[32] Gustavo Zagrebelsky, em estudo dedicado aos juízes constitucionais, destaca a relevância do estudo da jurisprudência criativa. A comunicação entre jurisprudências pressupõe a existência, na interpretação, de uma margem de discricionariedade, mas se, ao revés, as decisões dos tribunais estiverem rigidamente vinculadas no quadro interno e sem margem de apreciação, esse diálogo cairia por terra. A discussão dos anos passados se tem mantida viva contemporaneamente pelo originalismo, que é a teoria da interpretação vinculada ao

significado do texto no momento de sua feitura (textualismo) e segundo a intenção dos fundadores (intencionalismo).

Os argumentos contra a constituição vivente se centram nos perigos da jurisprudência criativa possibilitada pela interpretação evolutiva. Separar-se das origens significaria aumentar a discricionariedade e equivale à politização. A politização é incompatível com o caráter judicial da justiça constitucional e ofende a separação de poderes, o que causa dano ao Legislativo. A ofensa à separação dos poderes, a sua vez, mina a legitimidade da justiça constitucional. Não somente para manter a separação de poderes, preservar o caráter judicial da justiça constitucional e salvaguardar as razões de sua legitimidade, é necessário rechaçar a doutrina da Constituição viva, ainda que haja impostos com a força dos fatos na prática das cortes.[33]

Os argumentos contra a constituição viva contradizem a realidade cotidiana das Cortes de Justiça. Na prática, as posições originalistas são sustentadas mediante o recurso aos trabalhos legislativos preparatórios. Porém, esse expediente é apenas retórica argumentativa que tenta preservar o direito visto do passado e não o mundo contemporâneo e suas sucessivas transformações. Por último, vale dizer que em termos metodológicos, a Constituição viva impõe que a hermenêutica seja utilizada para a expansão dos direitos e não para retroceder ao passado e buscar as origens dos institutos jurídicos a partir da adoção da primazia das normas principiológicas. São normas abertas para o futuro e que permitem constante mutação de acordo com as necessidades econômicas, sociais e políticas de cada sociedade. Nesse sentido, a Constituição italiana (art. 27) proíbe as penas contrárias ao sentido da humanidade; a Constituição estadunidense (Oitava Emenda) proíbe as penas inusitadas e cruéis. Assim, os princípios contêm conceitos que se realizam continuamente em razão de sua textura normativa, a exemplo dos conceitos humanidade, dignidade, liberdade e igualdade, dentre outros.[34]

6.1.5 FRANÇA

Na França há autores que se dedicam ao estudo da liberdade de interpretação. Na tradição francófona podem ser citados, entre outros, os estudos de Michel Troper e Antoine Garapon. Segundo Troper, a teoria do conhecimento é adotada pelo juiz constitucional francês, mas não é a única utilizada no conjunto da tradição jurídica francesa. A idéia de que se deve submeter ao máximo de controle no cumprimento de seu mister reforça a tese da interpretação como vontade e não interpretação como conhecimento. Pelo fato de perceber que ambas as teorias são insuficientes para o entendimento da interpretação, Troper conclui que uma interpretação é válida quando emana de uma autoridade competente. Porém, a essa concepção orgânica e formal, deve ser agregada outra, a de que a competência outorgada a um juiz para interpretar significa, também, a legitimidade para estatuir os sentidos corretos do conteúdo normativo. Existe, por conseguinte, uma linha de raciocínio equivocada que não consegue diferenciar o livre arbítrio da liberdade no sentido jurídico. Afirmar que uma interpretação é livre significa, somente, que quando uma autoridade competente se qualifica para prolatar decisões autênticas, todas as decisões proferidas serão válidas e se incorporam ao texto interpretado e produzem efeitos jurídicos legítimos[35].

Antoine Garapon entende que o ativismo jurídico não deve significar transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo, mudança na estrutura da democracia. Os juízes foram impregnados por nova experiência política e convocados para intervirem no processo democrático em virtude do desencanto pelo imobilismo do Estado. Outro aspecto importante é a nova visão da lei que não mais deve ser confundida exclusivamente com o texto da lei. A complexidade e a dinâmica do mundo tecnológico exigem que as decisões judiciais transcendam a rigidez e a formalidade dos atos normativos. Assim, há o enfraquecimento da lei e ascensão cada vez mais do direito fundado em princípios, o que para o juiz significa novo esforço de atualização do Direito, ao transformá-lo em co-legislador[36].

6.1.6 BRASIL

No direito brasileiro, destaco a contribuição de Gisele Cittadino, para quem a ampliação à atuação do Poder Judiciário não pode representar qualquer incompatibilidade com o regime político democrático. Para Cittadino, ainda, a expansão do ativismo judicial pode ser vista positivamente. Essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio 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. [37]

Lenio Luiz Streck entende que o Poder Judiciário não deve continuar na postura passiva diante da sociedade. Antes, tem que assumir a postura de inserção dos poderes do Estado, ao transcender as funções tradicionais e enfrentar a missão de concretizar os valores constitucionais, com prejuízo, inclusive, dos textos legislados. Assim, adere Streck à posição substancialista e intervencionista contra a postura absentéista liberal-individualista.[38]

De um modo geral, todos aqueles autores que aderem ao neoconstitucionalismo são, também, com algumas discrepâncias, adeptos da judicialização da política. Explico. O neoconstitucionalismo propõe-se a ser uma alternativa metodológica ao juspositivismo, mediante a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências estatais. Ao contrário, propugna a assunção de uma constituição “invasora” que visa à efetivação dos direitos fundamentais e as garantias inerentes ao estado democrático. Nesse cenário, o juiz tem um papel fundamental de concretizar os direitos fundamentais orientado por uma nova hermenêutica assentada em princípios e regras. Contudo, a adesão à judicialização não significa a negativa do papel indispensável que exerce o Poder Legislativo nas democracias contemporâneas. Seguem essa linha, se não me equivoco: Paulo Bonavides, Willis Santiago Guerra Filho, Antonio Maia, Geraldo Prado, José Ribas Vieira, Cláudio Pereira de Souza Neto, Maria Lúcia de Paula, Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso, Flávia de Almeida Viveiros de Castro, Jane Reis Gonçalves Pereira, Leonardo Greco, dentre muitos outros.

7. A NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

As Cortes Constitucionais adotam, cotidianamente, sentenças normativas. Riccardo Guastini analisa esse modelo de provimento judicial normativo. De acordo com o autor italiano, as sentenças normativas são aquelas em que a Corte não se limita a declarar a ilegitimidade constitucional das normas, senão que, “transformando-se em legislador”, modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo com a Constituição. Neste sentido, podem-se agregar dois tipos de sentença: aditiva e substitutiva.

A sentença aditiva se caracteriza por declarar a ilegitimidade de ato normativo na parte em que deveria expressar certa norma, mas que deveria expressar para que fosse constitucional. A sentença normativa tem como base a aplicação do princípio da isonomia. Um exemplo bem ilustrativo seria quando uma disposição legislativa concedesse um determinado benefício social a uma classe de sujeitos (S1) em detrimento de outra classe (S2). Segundo o entendimento da Corte, as classes (S1 e S2) devem ter o mesmo tratamento. Desta forma, a legislação discriminou determinada classe injustificadamente e, por isso, deve ser considerada ilegítima a norma na parte que não concedeu o benefício à classe (S2). Observe-se que a decisão judicial não anulou a norma impugnada, apenas agregou uma nova norma ao ordenamento jurídico: a norma que confere o mesmo direito aos sujeitos S2.

A sentença substitutiva é aquela que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de um ato normativo na parte que expressa certa norma em lugar de outra: uma norma distinta que deveria expressar para ser conforme a Constituição. Um exemplo seria o seguinte. Uma norma confere poder a certo órgão estatal (O1), ainda que segundo a Constituição, de acordo com a interpretação da Corte, o referido poder deveria ser dado a um órgão distinto (O2). Nesse caso específico, a norma deveria ser anulada. Porém, a Corte não se contenta somente com a anulação. Ou seja, a Corte declara que a norma é inconstitucional na parte em que confere poder ao órgão (O1) e não ao órgão (O2). Dessa forma, a Corte anula a norma que lhe foi submetida, mas, ao mesmo tempo, introduz no ordenamento jurídico uma norma em virtude da qual o poder em questão foi atribuído ao órgão (O2) e não ao órgão (O1). Em síntese, a norma que foi submetida a Corte é substituída por uma norma distinta, criada pela própria Corte.[39]

A aplicação de sentenças normativas pela Corte Constitucional da Itália, referenciadas por Riccardo Guastini, são exemplos típicos de ativismo judicial. A Corte não se limita ao papel de apreciar única e exclusivamente a constitucionalidade de um ato normativo. Ao contrário, transcende o binômio constitucional/inconstitucional para editar a norma justa no primeiro caso (S1) com base no princípio da isonomia e na hipótese anula a norma ilegítima (O1) e, em substituição, cria uma nova norma distinta (O2) para substituir a que fora anulada.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento dos mandados de injunção que tratam do direito de greve do servidor público proferiu sentença normativa substitutiva. No julgado desses dois mandados de injunção, houve verdadeira inovação da jurisprudência anterior que dava interpretação restritiva ao mandado de injunção. Quer

dizer, a jurisprudência anterior da Corte Suprema se limitava a declarar a existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. O STF adotou uma sentença de perfil normativo/substitutivo com a imposição de conteúdo normativo integrativo ao regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. O parâmetro normativo foi a Lei nº 7.783/89, que é a legislação geral que normatiza o direito de greve no âmbito dos trabalhadores em geral, respeitados os princípios norteadores dos serviços públicos, especialmente o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos. Reconheceu a Suprema Corte que negar o exercício do direito de greve por meio do mandado de injunção significaria injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional e violação frontal a um direito fundamental, seja agente público ou trabalhador. No quadro desse julgado havia um vazio legislativo e sob pena de negativa de prestação jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal não se limitou apenas a declarar a mora do poder Legislativo, mas preencheu a lacuna existente, sem, contudo, assumir uma função típica do Poder Legislativo. A decisão do STF seria, para os seus pares, uma regulação provisória com perfil de sentença aditiva na ausência de norma que regula o direito de greve dos servidores públicos, até que o Parlamento venha a cumprir a sua legítima competência legislativa plena.[40] Prevaleceu, na espécie, o método de interpretação da Constituição que reconheceu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, uma vez que a mora do Poder legislativo não poderia inviabilizar o direito de o agente público exercer uma das garantias fundamentais indispensáveis ao exercício da dignidade do trabalho: o direito de greve.

Em outro caso paradigmático, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o mandado de segurança 26605 (DF)[41] assentou que o mandato eletivo pertence ao partido e não ao parlamentar. A sanção da perda do mandato parlamentar não configura ato ilícito nos termos do artigo 55 da CF/88, mas reconheceu a Corte Suprema que havia inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo nos casos de desfiliação ou transferência injustificada. A atitude unilateral de troca de legenda sem que haja qualquer justificação implica em infração ao ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito. A ressalva à mudança de legenda fica por conta de situações especiais, como a mudança de orientação ideológica ou do programa partidário. Neste julgado, o STF também rejeitou a tese de que a Corte estaria a usurpar a competência do Congresso Nacional, uma vez que com o provimento judicial o STF criou mais uma hipótese de perda de mandato eletivo sem que houvesse previsão constitucional ou legal. A defesa do STF foi de que estava apenas a desempenhar a competência legítima de guardião da Constituição ao dar, no caso concreto, máxima efetividade do texto constitucional.

Nos dois casos relatados, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição de vanguarda no direito brasileiro. No primeiro caso, o STF considerou que o exercício do direito de greve conferido ao servidor público foi previsto pelo Constituinte de 1988, mas o submetia aos limites de lei complementar (inciso VII). Posteriormente, a Emenda Constitucional 19/1988 revogou a exigência de Lei complementar e autorizou o exercício do direito de greve por meio de lei específica (art. 37, VII). Porém, o legislativo permaneceu em mora e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerava que o mandado de injunção se limitaria apenas a declarar o poder competente em mora, mas falecia competência ao próprio Supremo, poderia fazer se substituir ao legislador. [42] No segundo caso, a Corte Suprema emitiu sentença normativa porque não havia normas legais garantidoras da preservação do sistema político legítimo para que o mandatário parlamentar pudesse submeter-se aos ditames

programáticos e institucionais do partido político com o qual se elegeu. Reconheceu o julgado do STF que é condição *sine qua non* a existência de partidos políticos para que as candidaturas pessoais sejam apresentadas. Aliás, é condição de elegibilidade, segundo o parágrafo 3º do artigo 14 da CF/88, a filiação partidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

(a) O princípio da separação dos poderes não foi histórica e originariamente um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, em que as funções Executiva, Legislativa e Judiciária eram incomunicáveis. Ao contrário, a doutrina clássica admitia o exercício de funções compartilhadas. (b) No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais. (c) Com a judicialização da política, o paradigma de magistrado é de que “o novo juiz” transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas. (d) A judicialização da política “desconstruiu” o modelo superado de hermenêutica identificada com a interpretação formal e transformou o juiz no mais importante guardião da Constituição, dos direitos fundamentais e de defensor contra as violações às garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes. (e) No direito estrangeiro, especialmente nos Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Itália e França, a judicialização da política corresponde a um papel pró-ativo do juiz que assume a responsabilidade pelo respeito à integridade da função dos poderes constituídos, ao mesmo tempo que se torna ator principal da concretização dos valores democráticos e dos direitos fundamentais. (f) De um modo geral, todos aqueles autores que aderem ao neoconstitucionalismo são, também, com algumas discrepâncias, adeptos da judicialização da política, porque neoconstitucionalismo propõe-se a ser uma alternativa metodológica ao juspositivismo, mediante a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências estatais, mas objetiva efetivar os direitos fundamentais e as garantias inerentes ao estado democrático. (g) A doutrina brasileira, adere, com algumas discrepâncias, à judicialização da política, ao reconhecer a relevância dos princípios constitucionais e no papel que o juiz tem na aplicação dos valores constitucionais sem descuidar dos fundamentos democráticos e republicanos. (h) A judicialização da política tem como um dos objetivos principais garantir a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais quando os poderes públicos responsáveis pela efetivação de direitos e garantias se quedem inertes, como foi o caso da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu aos agentes públicos, por meio de mandado de injunção, o pleno exercício do direito de greve.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BELTRAN, Miguel. *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999
CHEVALIER, Jacques. Les interprètes du droit. *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política.” Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COING, H. *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Colonia/Opladen 1959.

COMMELLA, Victor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Mimeo. Universitat Pompeu Fabra. (Barcelona, España), 2008.

DE ASÍS ROIG, Rafael e outros. Los textos de las colonias de Norteamérica y las diez primeras enmiendas a la Constitución. *Historia de los Derechos Fundamentales* (vol. II). Dykinson: Madrid, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. USA: HUP, 1978.

ENTERRÍA, Eduardo García de e MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la Ley. Dos estudios*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2007.

_____. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4. edición ampliada. Madrid: Civitas, 1988.

GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses. Le juge e la démocratie*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions. A comparative study*. New York: Oxford Press, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano.” In CARBONELL Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

SANTOS, Boavenura de Sousa. “Judicialização da política.” Publicado em maio de 2003. <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acessado em 03.11.2007.

SECONDA. Charles-Louis de (Montesquieu). *Do Espírito das Leis. Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro Terceiro.

_____. *Do Espírito das Leis. Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro décimo segundo.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: CEC, 1991.

STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: 1987.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet (org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional. Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TROPER, Michel. *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*. In *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional e fórmula política*. Madrid: CEC, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In CARBONELL Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

[1] SANTOS, Boavenura de Sousa. *Judicialização da política*. Publicado em maio de 2003. <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acessado em 03.11.2007.

[2] No direito constitucional contemporâneo o Poder Federativo é exercido em muitos estados modernos pelo chefe de estado, como ocorre com o direito brasileiro. Cf. Art. 84, incisos VII, VIII, XIX e XX.

[3] LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 514-517.

[4] SECONDA, Charles-Louis de. (Montesquieu). *Do Espírito das Leis. Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro Terceiro, especialmente em que o autor aborda a diferença entre a natureza do Governo e o seu princípio, p. 59 e no Livro décimo segundo, pp. 233-255, trata da liberdade política e sua relação com o cidadão.

[5] DE ASÍS ROIG, Rafael e outros. «Los textos de las colonias de Norteamérica y las diez primeras enmiendas a la Constitución», en *Historia de los Derechos Fundamentales* (vol. II). Dykinson: Madrid, 2001, pp. 329-335.

[6] Art. 62 da Constituição brasileira.

[7] (ADC 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-2-06, DJ 1º-9-06).

[8] Cf. Art. 37, II, segunda parte, da Constituição Federal.

[9] RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

[10] SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: CEC, 1991, pp. 198-199.

[11] SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid, CEC, 1991, p. 202.

[12] STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid, 1987, pp. 372-373.

[13] O modelo americano é conhecido como estrutura monista em que existe uma única judicatura. Este modelo se diferencia do sistema dualista que, por sua vez, divide o Poder Judiciário em duas partes: os tribunais ordinários, de um lado e o Tribunal Constitucional, por outro. Há diversas características de cada modelo. Os tribunais ordinários têm a função judicial ordinária, que consiste em aplicar a legislação a casos concretos enquanto que o Tribunal Constitucional tem a “função constitucional” que consiste no controle da validade da lei sob o império da Constituição. Cf. COMMELLA, Victor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Mimeo. Universitat Pompeu Fraba. (Barcelona, España). 2008, p. 3.

[14] Esta classificação proposta não leva em consideração outras peculiaridades existentes nos Tribunais Constitucionais, como, por exemplo, o grau de pureza de um Tribunal e sua autonomia. O grau de pureza diz respeito se o controle de constitucionalidade é a única competência do Tribunal Constitucional ou se aliada a esta existem outras atribuições. Nesse raciocínio, pode-se dizer que um Tribunal não é puro se ao lado da competência para exercer o controle de constitucionalidade, tem outras atribuições. Exemplos de Tribunais absolutamente puros cuja única função é o controle de constitucionalidade, podem ser citados Bélgica e Luxemburgo. No meio termo, são exemplos de Tribunais que têm outras competências cumuladas com o controle de constitucionalidade, ainda que este seja a função principal, França e Itália. No extremo se situam os Tribunais que têm tantas competências que seria incorreto afirmar que o controle de constitucionalidade é a competência mais importante. Neste caso citem-se Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal. No que diz respeito à autonomia, leva-se em consideração a relação que mantém o Tribunal Constitucional com outras instituições. A primeira hipótese é quando existe a faculdade de ser apresentado ao Tribunal Constitucional um recurso de inconstitucionalidade sem que haja a ocorrência de um caso concreto que motivou o recurso. Também não existem instâncias ordinárias que

sejam previamente acionadas. O recurso é apresentado diretamente ao Tribunal Constitucional (França). A segunda via exige que seja apresentado uma questão de inconstitucionalidade por um juiz ordinário. Este entende que a lei aplicável ao caso concreto pode ser inconstitucional. Assim, antes de decidir o caso concreto, suspende o processo e encaminha a questão para o Tribunal Constitucional para que este decida se a lei é ou não constitucional (Áustria, Bélgica, Itália, Luxemburgo e Espanha). Por último, vale dizer que alguns Tribunais Constitucionais têm competência para rever decisões de instâncias ordinárias quando indivíduos interpõem recursos contra decisões que violam direitos fundamentais por meio do recuso de amparo, desde que os recorrentes esgotem as instâncias inferiores (Espanha e Alemanha). De outro lado, a estrutura dualista não permite a interposição do recurso de amparo na Áustria, Bélgica, França, Itália e Luxemburgo. Cf. COMMELLA, Victor Ferreres, ob.cit. pp. 5-7.

[15] COMMELLA, Victor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*, ob. cit. p. 1.

[16] Para uma análise mais completa dos sistemas jurídicos que adotam a judicialização da política, ver GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions. A comparative study*. New York: Oxford Press, 2006.

[17] Para Dworkin, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo; os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. USA: HUP, 1978, p. 141.

[18] DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. USA: HUP, 1978, pp. 128-132.

[19] ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 266.

[20] No tópico a revisão do princípio da separação dos poderes em que já foram estudadas as teorias de Hans Peter Schneider e Klaus Stern.

[21] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 218.

[22] Nesse ponto Habermas generaliza a relevância dos princípios morais. Nem todos os princípios morais se incorporam ao direito positivo. Por exemplo, o dever moral de ser generoso com o próximo necessitado. Ainda que seja, sem dúvida, um dever moral da mais alta relevância não se constitui em obrigação jurídica.

[23] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p. 228.

[24] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p. 237.

- [25] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p. 245.
- [26] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 7.
- [27] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional e fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 304-305.
- [28] BELTRAN, Miguel. *Originalismo e interpretación: Dworkin vx. Bork. Una polémica constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989, p. 46.
- [29] ENTERRÍA, Eduardo García de e MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la Ley. Dos estudios*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2007, p. 51.
- [30] ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4. edición ampliada. Madrid: Civitas, 1988, pp. 159-160 e pp. 74-5
- [31] Como bem acentua CAPPELLETTI, “é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo; mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável o mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42.
- [32] Reproduzo o pensamento de Riccardo Guastini no tópico em que analiso a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil e a judicialização da política.
- [33] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In CARBONELL Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 95.
- [34] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In CARBONELL Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 95.
- [35] TROPER, Michel La liberté d’interprétation du juge constitutionnel. In *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995, p. 235-245. No mesmo sentido defendido por Michel troper, entende Jacques Chevalier que a interpretação é inerente à função jurisdicional, apresentando-se como uma interpretação autêntica, na qual um ato de vontade se une a um ato de conhecimento. O poder de interpretar é, contudo, limitado pela organização do judiciário. Porque, se por um lado o juiz está obrigado a interpretar os textos que aplica, as divergências decorrentes da interpretação são progressivamente reduzidas em razão da organização hierárquica das jurisdições. Desta forma, o acesso de uma interpretação ao topo de jurisprudência será a tradução clara da autoridade do judiciário. (“Les interprètes du droit.” In *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995, p. 119.)
- [36] GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses. Le juge e la démocratie*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996, p. 34-7.

[37] CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes.” In VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, IUPERJ/FAPERJ, p. 34.

[38] STRECK, Lenio Luiz. “O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional. Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 203-204.

[39] O exemplo foi extraído da Corte Constitucional italiana 15/1969. GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In CARBONELL Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 65-66.

[40] MI- DF nº 718 - Relator Gilmar Mendes. DJ 6-11.2007 e MI- PA nº 712. Relator Min. Eros Grau. DJ 23.11.2007.

[41] MS-DF nº 26604. Relatora Min. Cármen Lúcia. DJ. 19/10/2007.

[42] MI 485 - Min. MAURÍCIO CORRÊA. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa.