

A JUDICIALIZAÇÃO COMO FENÔMENO DAS DEMOCRACIAS MODERNAS

JUDICIALIZATION AS A PHENOMENON OF MODERN DEMOCRACIES

Aline Rodrigues Maroneze¹

Serli Genz Bölter²

<https://doi.org/10.55839/2318-8650RevParRPv35n1pa48-66>

RESUMO

Este artigo tem como enfoque principal a identificação da judicialização como um fenômeno das democracias modernas, bem como a sua relação/contribuição para a manutenção dessa forma de organização jurídica da sociedade. Elencam-se, para a investigação, dois eixos norteadores, que são: o eixo explicativo substancialista, que será trabalhado sob a perspectiva de dois autores representantes da corrente, quais sejam Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti; e o eixo analítico procedimentalista, que será trabalhado neste ensaio teórico sob o panorama dos autores Antoine Garapon e Jürgen Habermas. Dessa forma, o objetivo geral deste ensaio teórico centra-se em estudar sobre o fenômeno da judicialização, a partir de duas correntes: a explicativa substancialista e a analítica procedimentalista. A problemática de pesquisa está consubstanciada em questionar se a judicialização é um fenômeno das democracias e apontar as principais contribuições desse fenômeno no contexto das relações sociais. A metodologia é dedutiva e utiliza a pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo. A partir da pesquisa bibliográfica sobre o tema indicam-se as principais características e problematizações da judicialização como um fenômeno jurídico e social.

Palavras-Chave: Judicialização. Eixo Explicativo Substancialista. Eixo Analítico Procedimentalista.

¹ Mestra em Desenvolvimento e Políticas Públicas pelo PPGDPP, da Universidade Federal da Fronteira Sul, UFFS – Campus Cerro Largo/RS. Especialista em Direito Processual Civil. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/PROSUC. Integrante do Grupo de Pesquisa registrado no CNPQ Direitos Humanos e Movimentos Sociais na sociedade multicultural, vinculado ao PPG Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3592381063809418>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6490-5499>; E-mail: aline_maroneze@yahoo.com.br

² Pós-doutora em Direito (UFSC), Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2013), mestre em Educação nas Ciências Área Direito (UNIJUÍ 1999), graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ, 1994). Professora da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Políticas Públicas (UFFS). Atua nas áreas da Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito, tendo como temas de estudo: fundamentos do direito, judicialização, movimentos sociais e direito ambiental. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6517869430918418>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4038-303X>; E-mail: serli.bolter@uffs.edu.br

ABSTRACT

The main focus of this article is the identification of judicialization as a phenomenon of modern democracies, as well as its relationship/contribution to the maintenance of this form of legal organization of society. Two guiding axes are listed for the investigation, which are: the substantialist explanatory axis, which will be worked from the perspective of two authors representing the current, namely Ronald Dworkin and Mauro Cappelletti; and the proceduralist analytical axis, which will be worked on in this theoretical essay from the perspective of authors Antoine Garapon and Jürgen Habermas. Thus, the general objective of this theoretical essay focuses on studying the phenomenon of judicialization, from two currents: the substantialist explanatory and the proceduralist analytical. The research problem is based on questioning whether judicialization is a phenomenon of democracies and pointing out the main contributions of this phenomenon in the context of social relations. The methodology is deductive and uses bibliographic research, of a qualitative nature. From the bibliographic research on the subject, the main characteristics and problematizations of judicialization as a legal and social phenomenon are indicated.

Keywords: Judicialization. Substantial Explanatory Axis. Procedural Analytical Axis.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Judicialização é tida como um fenômeno das democracias modernas, nas quais os cidadãos socorrem-se do Poder Judiciário ou de outros entes adjudicatórios, para que, através da Justiça ou de órgãos de administração do Estado, sejam garantidos direitos e cessem eventuais abusos e desrespeitos praticados por terceiros ou pelo próprio Estado.

Neste estudo busca-se analisar a judicialização e a sua relação com a democracia a partir de dois eixos norteadores, que são: o eixo explicativo substancialista, que será trabalhado sob a perspectiva de dois autores importantes representantes da corrente, quais sejam Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti; e o eixo analítico procedimentalista, que será trabalhado neste ensaio teórico sob panorama dos autores Antoine Garapon e Jürgen Habermas.

Por existirem pontos divergentes na doutrina acerca da temática, traz-se a divisão das duas correntes estudiosas sobre a judicialização como uma forma de focar em alguns aspectos desse debate. De um lado está a corrente que vê na judicialização um meio importante para buscar a efetivação dos direitos fundamentais. Nela, há uma sobrevalorização na substância a ser guardada pelo judiciário. Esta corrente refere-se ao eixo explicativo substancialista.

Contrário *sensu*, a outra parte da doutrina encara a judicialização como um risco à democracia deliberativa e à soberania do povo. Nessa corrente - denominada como analítica

procedimentalista- há a busca por se preservar a vontade do povo e sua força política. Portanto, no presente trabalho será realizado um estudo sobre a judicialização exclusivamente a partir de dois eixos temáticos, o explicativo substancialista e o analítico procedimentalista, tendo sido eleitos dois autores estudiosos de cada eixo para embasar o artigo.

1 O PODER JUDICIÁRIO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO:

O fenômeno da judicialização dos conflitos sociais é o resultado da submissão das questões conflitivas a certas instâncias de decisão diferentes das que tradicionalmente processavam estas demandas, permitindo que o contexto jurisdicional passe a ser um espaço privilegiado para resolver conflitos dos sujeitos privados ou institucionais. As instâncias que passam a ter que solucionar os conflitos sociais frequentemente são judiciais, mas podem ser administrativas ou até privadas, a questão central é a busca de um terceiro que aja de modo adjudicatório.

Neste estudo o foco é a análise das demandas que são apresentadas ao Poder Judiciário. Ele ocupa, nesse cenário, um ‘novo’ lugar em relação aos conflitos sociais, e passa a ser demandado não só para garantir os direitos, mas também, como mecanismo de publicização das demandas. Esses processos revelam de alguma forma o poder que os cidadãos possuem de transformar uma experiência daninha em uma demanda de reparação ou sanção que ainda quando não tenha o deferimento da Justiça, pode trazer para a agenda política o debate sobre os agravos expostos. A exteriorização dos agravos e a visibilidade das demandas que procuram seu remédio aparecem, então, como uma nova forma de gestão processual dos conflitos sociais, que exige sujeitos que possam administrar as confrontações e que se organizem como atores coletivos capazes de buscarem o respeito do que consideram “seu” direito. É, também, uma forma de obrigar a que se diga o que é justo e a que se faça cessar a incerteza. Ou seja, este fenômeno exige um olhar mais atento a função que o Poder Judiciário passa a desempenhar na solução dos conflitos.

A judicialização é algo inerente às sociedades democráticas. Diz-se isso porque é com a ampliação e a democratização do acesso à justiça que esse fenômeno passa a entrar em cena. Adiante será estudada a história da judicialização e seu contexto de surgimento. Nesse sentido, Luiz Werneck Vianna (1999, p. 16), ao tratar da origem da judicialização, afirma que ela ocorre no século XIX, na Revolução Industrial, e se mantém como uma forma de expressão no período de nascimento dos sindicatos e das primeiras leis de proteção ao trabalhador.

Assim, durante o período da Revolução Industrial, todas as pessoas, fossem homens, mulheres ou mesmo crianças, eram submetidas ao labor exaustivo e por períodos desumanos e intermináveis para os padrões da atualidade. Esses seres humanos eram levados ao seu limite tanto físico quanto psicológico, o que acabava por gerar atimia na expectativa de vida, doenças e acidentes de trabalho. (VIANNA, 1999).

Ocorre que, em consequência da exploração desenfreada e desumana dos trabalhadores pela indústria, nasceu uma mobilização político-social dos operários – pioneira das composições dos sindicatos dos dias atuais. Essa organização dos trabalhadores trouxe resultados no meio político das nações desenvolvidas, tais como: a aprovação de uma legislação trabalhista e julgados judiciais favoráveis à classe operária a fim de conter os abusos praticados pela indústria. (VIANNA, 1999).

Nesse sentido, percebe-se, pelas citações acima, que foi devido à mobilização dos operários, que se organizaram em forma de sindicatos, que surgiu a regulação do trabalho e as leis trabalhistas, de modo a trazer mais humanidade e dignidade para os trabalhadores em suas jornadas de trabalho, com a interferência do judiciário em algumas situações.

Outrossim, Luiz Werneck Vianna (2007) assevera que, por conta do neoliberalismo, o povo teve alguns direitos fundamentais suprimidos, em decorrência do desajuste do mercado e da economia, sendo que, por isso, os sindicatos enfraqueceram e perderam espaço. O autor continua afirmando que “sem estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direito deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno.” (VIANNA, 2007, p. 80). Dando sequência ao estudo sobre a judicialização, Luiz Werneck Vianna *et al* (1999, p. 43) pontuam:

De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a “substituição” de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não serão propícios à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos.

Ainda, Luiz Werneck Vianna (1999, p. 40) acrescenta, sobre a importância dos direitos fundamentais nas democracias: “é, portanto, pela via da participação político-jurídica [...] que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa”.

O que deve ser aprofundado, portanto, é o estudo sobre o exercício do poder ou dos poderes na sociedade moderna. O direito representa a organização legítima do poder, que se expressa pelas normas jurídicas. O processo de judicialização das relações sociais revela que a

sociedade moderna passa a exigir respostas de uma figura de autoridade que não está limitada pela divisão dos poderes estatais classicamente existentes. Divisão na qual ao direito era reservado um lugar na produção das regras sociais. O ordenamento jurídico era o que normatizava as relações. E é o que confere centralidade à figura do juiz, neste caso ao Poder Judiciário e a sua capacidade de dizer o direito, de pronunciar o que é justo.

No mesmo sentido, Luiz Werneck Vianna *et al* (1999, p. 40) afirmam que “a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na constituição”. Tendo em vista a relevância do fenômeno da judicialização, neste período, destaca-se:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, constituindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas -, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo. (VIANNA, 1999, p. 22)

Importa ressaltar que a judicialização é uma consequência da transferência do poder político para o Judiciário, ao passo que aqueles que deveriam implementar e fazer cumprir direitos fundamentais, que são o Legislativo e o Executivo, permanecem inertes diante de assuntos de interesse e relevância social coletiva (BARROSO, 2008). Nesse ínterim, cumpre trazer o conceito dado por Luís Roberto Barroso (2008, p. 3), sobre judicialização:

A judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito **se encontra** o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Por isso, a fim de assegurar direitos e fazer cessar arbitrariedades, o povo vê no Judiciário o único meio hábil para resolver os litígios e fazer deter os abusos praticados por terceiros. Dessa forma, surge a figura do magistrado, que com a judicialização da demanda é chamado a intervir, já que, uma vez provocado, não pode se negar a proferir seu veredito. Sobre isso:

Os juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo **contra majoritário**. A conservação e a promoção dos direitos mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2009, p. 11).

Outrossim, cumpre asseverar que, com a judicialização, o Poder Judiciário passou a ter de decidir questões de relevância social e jurídica, devendo fazer cumprir direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Essa legitimidade refere-se ao fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito. Assim, convém trazermos à colação os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2008, p. 08):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Portanto, a judicialização seria quando “[...] algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.” (BARROSO, 2008, p. 12).

Lênio Luiz Streck e Luís Bolzan de Moraes (2009, p. 15) fazem uma diferenciação muito importante entre judicialização e ativismo judicial, sendo que a judicialização é própria do sistema democrático e do Estado Democrático de Direito, enquanto o ativismo judicial baseia-se em um catálogo interminável de princípios, em que cada julgador está autorizado a criar um novo princípio para motivar sua decisão:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 20) afirma que tanto o direito quanto a ampliação do Poder Judiciário foram incorporados ao acordo hegemônico neoliberal. Na

perspectiva do autor, o Judiciário passa a compor a engrenagem do neoliberalismo ao atuar no incentivo dos lucros, inerentes ao sistema do capital:

[...] a expansão do judiciário e o primado do direito foram também incorporados no vocabulário do consenso hegemônico neoliberal. O modelo de desenvolvimento neoliberal, dada a sua maior dependência dos mercados e do setor privado, exige um marco jurídico para o desenvolvimento que fomenta o comércio, os investimentos e o lucro.

O fenômeno da Judicialização ocorre quando, na existência de uma norma, há uma pretensão por parte de um terceiro, e cabe ao magistrado deferir uma decisão. Quando o poder judiciário é chamado a conhecer o fato, este não poderá se negar a decidir, seja seu julgado favorável ou não. (BARROSO, 2007). Ou seja, importa identificar a resposta e publicizar as demandas, muitas vezes o resultado, ter ou não ter o deferimento, não é a questão central, mas a publicização que determinados temas alcançam com a judicialização.

Desse modo a judicialização refere-se basicamente à transmissão de poderio político, como no caso de políticas públicas, por exemplo, para o Poder Judiciário assegurá-las, tendo por base a Constituição Federal de 1988, que com sua promulgação garantiu o acesso à justiça e distribuiu em seu arcabouço legislativo uma série de garantias sociais. Em contrapartida, o ativismo judicial está baseado no fato de o Judiciário ter de atuar para suprir lacunas e vácuos do Executivo e do Legislativo; neste caso, a justiça deve aplicar princípios a situações sem previsão legal (BARROSO, 2008). Neste caso, especificamente, muitas vezes o Poder Judiciário é que tem assegurado o cumprimento de direitos determinando a execução de políticas públicas.

Dessa forma, percebe-se que a judicialização é de suma importância na resposta a questões referentes a abusos de direitos fundamentais, uma vez que o Poder Judiciário é o Guardião da Constituição Federal. Assim como a história mostra, ela nasce no século XIX, passando pela Revolução Industrial e, mais tarde, com o surgimento dos sindicatos e de legislações de proteção dos trabalhadores, contra abusos de empregadores e jornadas de trabalhos exaustivas. (VIANNA, 1999).

O conhecimento e a experiência jurídica são exigidos dos juristas práticos para que possam exercer influência na produção das normas. Ou como as demandas são publicizadas e como essas ações produzem consequências nos campos de atuação do direito. Esse dizer o direito, por outro lado, passa a gerar precedentes que influenciarão em novas normas a serem seguidas.

Um elemento importante neste sentido, de juristas práticos, é a qualificação dos quadros do Poder Judiciário. É importante que a formação jurídica desses atores, de todos os servidores, mas especialmente os juizes, acompanhe a qualificação exigida para a solução e respostas de questões cada vez mais complexas. A judicialização alcança diferentes setores dos direitos fundamentais: educação, saúde, meio ambiente, entre outros.

2 A CORRENTE EXPLICATIVA SUBSTANCIALISTA DA JUDICIALIZAÇÃO:

A partir deste momento passa-se a trabalhar a judicialização sob a óptica da corrente doutrinária explicativa substancialista, representada neste trabalho pelos autores Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti.

Para esta corrente concebe-se o papel do Poder Judiciário como de criação do direito, pela possibilidade de participação de grupos que não teriam acesso aos direitos assegurados pelo direito positivo. “Nesse eixo, aquilo que pode ser entendido à semelhança da vontade geral rousseauiana, uma vez bloqueado pelas circunstâncias próprias à sociabilidade e à vida política contemporâneas acaba encontrando expressão, pragmaticamente em personagens e instituições, cuja história particular se apresentaria como o resultado de conquistas da ideia do justo positivadas no direito e enraizadas na cultura política.” (Vianna *et al*, 1999, p. 38) É o direito normatizado que orienta para as decisões, demandadas agora por cidadãos, que cobram respostas do direito.

Aqui, convém ressaltar que, muito embora Mauro Cappelletti compartilhe da mesma linha de pensamento de Ronald Dworkin, ele analisa o fenômeno da Judicialização de maneira mais processual, a fim de identificar se o Judiciário toma para si as funções e atribuições do Legislativo. Dworkin, por outro lado, critica o modelo do positivismo jurídico e enfoca a questão da discricionariedade do juiz a partir das fontes do direito.

Para o início do debate sobre a judicialização através do eixo explicativo substancialista, abordam-se os ensinamentos de Ronald Dworkin. O autor ressalta que o homem possui direitos morais em face do Estado, e esses direitos ultrapassariam os que estariam positivados na norma. O autor menciona a necessidade de um tribunal com postura ativista “[...] para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”. (DWORKIN, 2007, p. 231).

Ainda, é importante se referir ao fato de Ronald Dworkin (2007) criar um juiz fictício, Hércules, para explicar a sua teoria do direito, que se baseia nos princípios como fonte indispensável do direito, capaz de auxiliar o juiz a encontrar a resposta correta e assim decidir de maneira mais acertada.

Esse juiz com sabedoria hercúlea seria capaz de “construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.” (DWORKIN, 2005, p. 182).

Para Ronald Dworkin (2007, p. 291), direito, moral, justiça e política estão essencialmente ligados. Contudo, o direito é interpretativo e, por isso, é inerente a uma prática argumentativa, com função e consequências. Segundo o autor,

o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume de ser uma comunidade de princípios.

Ronald Dworkin (2005, p. 135) ressalta que os tribunais devem “desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante e revê-los de tempos em tempos [...], e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.”

Assim, o remédio para reduzir os possíveis erros dos magistrados estaria na criação de instituições capazes de limitar essa ameaça ao mínimo viável, de modo a verificar o que a população teria de direito oponível contra o Estado, incorporando-se à teoria do direito constitucional e à moral. (DWORKIN, 2007).

O autor ainda ressalta que um magistrado real só poderia imitar a figura criada por ele até um determinado ponto, já que Hércules possui talentos sobre-humanos e tempo infinito. Assim:

Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. (DWORKIN, 2007, p. 294).

Importante destacar o que Paulo Bonavides (2011, p. 267) acrescenta sobre a teoria de Ronald Dworkin e os princípios, já que ressalta que, na era do pós-positivismo, princípios passam a ser contemplados como sendo direitos:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada, sobretudo, por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Enfim, para Ronald Dworkin (2005, p. 133), os princípios seriam importantes porque podem ser sopesados, ao contrário das regras, onde impera o “tudo-ou-nada”, sendo que quando houver um embate entre os princípios, esse choque não revogaria ou invalidaria nenhum deles. Nesse caso, o julgador faria uma espécie de reconstrução da ordem jurídica, uma vez que os princípios fundamentais podem ou não possuir previsão legislativa. Por isso, o método desenvolvido por Dworkin é tido como reconstutivo.

A partir desse momento passa-se a estudar o posicionamento de Mauro Cappelletti (1999), que também se filia à corrente explicativa substancialista. O autor esclarece que ao Poder Judiciário coube o papel de protetor dos direitos fundamentais, os quais foram incluídos nas Constituições dos países que passaram por regimes ditatoriais, especialmente, como forma de comemorar o fim desses abusos. Em razão disso, coube aos julgadores a função de criar o direito.

Mauro Cappelletti (1999, p. 24) defende a discricionariedade do juiz; para ele, a competência interpretativa é intrinsecamente criadora e, por isso, discricionária. No entanto, essa atividade discricionária apresenta certos limites processuais (que são inerentes ao judiciário) e substanciais (precedentes, doutrina, legislação), sendo que estes últimos não constituem “elemento imprescindível da jurisdição.”

Para Mauro Cappelletti (1999), o fato de o juiz poder criar o direito não o torna um legislador, já que o poder jurisdicional não se confunde com o poder legislativo, embora ambos produzam o direito.

E acrescenta: “O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 74).

Conforme Mauro Cappelletti (1999, p. 107), o conceito de democracia não pode ser reducionista de modo a restringi-la somente à ideia majoritária. Ele assevera, ainda que

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.

Luiz Werneck Vianna *et al* (1999, p. 34) ressaltam que Mauro Cappelletti não acredita que o Poder Executivo e o Legislativo podem ser instituições de entoação do desejo do povo, porque para ele seria apenas estrutura política, que em nenhum momento é resultado da vontade soberana, assim:

Cappelletti, subscrevendo os argumentos de Shapiro, não reconhece que o Executivo e o Legislativo possam se comportar como instituições de vocalização da vontade popular, uma vez que, de fato, operariam como “complexa estrutura política, em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder [e] o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...] e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes”.

Como foi visto nesse item, a corrente explicativa substancialista vê na judicialização um meio importante para buscar a efetivação dos direitos fundamentais, e acaba por haver uma sobrevaloração na substância a ser guardada pelo Poder Judiciário.

3 A CORRENTE ANALÍTICA PROCEDIMENTALISTA DA JUDICIALIZAÇÃO:

Neste ponto do estudo, busca-se compreender acerca da corrente procedimentalista, neste trabalho representada por Antoine Garapon e Jürgen Habermas. Sobre o autor Antoine Garapon, é relevante dizer que ele é um juiz de nacionalidade francesa, que realiza um estudo mais sociológico do fenômeno da judicialização da política, no qual ele aponta, como alternativa, uma maior participação do povo nas decisões políticas e judiciais como forma de buscar dirimir os impactos causados por tal fenômeno.

Nesse sentido, o autor parte em busca de explicações sobre as causas do agigantamento da justiça que, segundo ele, ocultaria duas ocorrências distintas e incompatíveis: “[...] de um lado, o enfraquecimento do Estado, sob pressão do mercado; e, de outro, o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos.” (GARAPON, 2001, p. 26). Antoine Garapon (2001, p. 26) acrescenta:

Essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que ele é sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia.

Antoine Garapon (2001) ressalta que o crescimento do Poder Judiciário é inerente à democracia, não tendo nenhuma causa ou razão aparente, sendo que o aumento da provocação da justiça pelo povo é um fenômeno social e não de cunho jurídico.

Assim, “o juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.” (GARAPON, 2001, p. 27).

A sociedade transfere para o juiz a responsabilidade de decidir sobre questões de relevância moral, social, religiosa. Com isso, “o juiz passa a ser o último guardião das promessas, tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos.” (GARAPON, 2001, p. 27).

Nesse sentido, o direito se reduz à contenda social, deixando de ser um mecanismo de proteção e garantias: “O direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço de arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política.” (GARAPON, 2001, p. 50).

Na análise de Antoine Garapon (2001, p. 48), o magistrado preencheria um espaço vago deixado pelo Executivo e pelo Legislativo, e não somente por estes, mas também pelos vazios deixados pela família e pela Igreja, por exemplo. Nesse sentido, acrescenta que

o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.

Dessa forma, a sociedade transfere para a figura do julgador a responsabilidade de entregar ao povo a solução de todos os problemas sociais. Essa mesma sociedade é composta por pessoas totalmente apáticas e desinteressadas pelas questões sociais, já que se preocupam apenas com seus próprios interesses, contudo, exigem da justiça uma resposta satisfatória para os problemas que se apresentam. (GARAPON, 2001).

Assim, o magistrado é invocado a salvar a ordem democrática, já que os cidadãos veem na figura do juiz a solução de todos os impasses. Isso se justifica devido ao enfraquecimento dos poderes Legislativo e Executivo, os quais se tornam cativos da valoração da mídia, envidando esforços apenas em resolver situações de curto prazo. (GARAPON, 2001).

Por óbvio, pensar que transferir somente para a justiça todas as expectativas sociais resolverá os problemas do convívio em comunidade não está certo, ao passo que, por ser o juiz passível de erro, essa transferência de poder à justiça fatalmente trará frustrações: “Para prevenir o desmoronamento da democracia [...], é preciso analisar os paradoxos com os quais ela é confrontada, vindo em primeiro lugar, naturalmente, o poder inédito atribuído aos juízes.” (GARAPON, 2001, p. 53).

Antoine Garapon (2001, p. 62) traz na sua obra a preocupação com a perda da soberania popular, uma vez que, quando a sociedade busca por uma redenção através da justiça, junto à atuação da mídia, que vem contribuir com a despolitização do povo, esse risco é iminente:

Ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democráticos como técnicos encarregados de produzir normas, em interação com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submetemos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania.

Essa constante demanda pelo Judiciário é preocupante, na medida em que “o direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço de arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política.” (GARAPON, 2001, p. 50).

Essa incessante provocação do Poder Judiciário é grave, na medida em que poderá provir na deturpação da democracia, e, por conseguinte na perda da soberania: “[...] o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como o seu pouco uso. A democracia jurídica hoje é pensada apenas de modo negativo e defensivo, correndo o risco de implodir.” (GARAPON, 2001, p. 53).

E o autor acrescenta que se tornando o juiz um “anjo da democracia”, ele passa a ocupar um *status* favorecido, fora do alcance da crítica popular por conta dessa posição privilegiada, sendo que o magistrado “investe-se de uma missão salvadora em relação à

democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político [...].” (GARAPON, 2001, p. 74).

Antoine Garapon (2001, p. 174) justifica a necessidade de democracia e justiça se complementarem, e isso poderia ser feito tendo o Poder Judiciário como aliado: “[...] a posição da justiça é paradoxal: reage a uma ameaça de desintegração, para a qual, entretanto, ela contribui. [...] A justiça corre o risco de ser prisioneira em seu próprio jogo e excluída pelo mesmo movimento que a impulsionou para a boca da cena.”

Nesse sentido, Antoine Garapon (2001, p. 260) diz: “[...] Mas se todo juiz é um representante, todo cidadão é igualmente um juiz: eis a grande herança de 1789. Todo cidadão é por isso detentor de uma parte da soberania.” E “a justiça, que era um órgão do Estado, passa subitamente a encarnar o foro de legitimidade do qual procede o Estado.” (Garapon, 2001, p.43) Ou seja, esse lugar de legitimidade é alcançado na democracia a partir da constatação que sobre a vontade geral e soberana do povo existem princípios e fundamentos que podem ser evocados e garantidos pelo juiz. E a busca da justiça constitui-se em um campo para a exigência das promessas da democracia. “Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante” (Garapon, 2001, p. 49). Os cidadãos, portanto, devem disputar os direitos que são assegurados na lei.

Por fim, é importante que o judiciário atue como um aliado da democracia. Contudo, não seria bom para a democracia deixar toda a responsabilidade de decidir sobre questões fundamentais somente com o Poder Judiciário, já que a sociedade detém soberania popular e capacidade de resolver seus próprios conflitos.

É relevante, neste momento, estudar sobre a judicialização através dos ensinamentos de Jürgen Habermas, que também se filia à corrente analítica procedimentalista.

Assim, levando em consideração o passado da Alemanha (a legislação do país legitimava as atrocidades praticadas pelos nazistas), o autor chama a atenção para o risco de que países com histórias como a da Alemanha possuam uma ordem jurídica consubstanciada na “confiança antropológica das tradições.” (HABERMAS, 2003, p. 18). Este referente não é o mesmo para todos os Estados democráticos de direito, por isso, Jürgen Habermas (2003, p. 18) afirma:

A enaltecida linha de desenvolvimento do Estado democrático de direito do ‘Atlântico Norte’ certamente nos proporcionou resultados que merecem ser preservados; todavia, os que casualmente não se encontram entre os felizes herdeiros dos fundadores da constituição americana não conseguem encontrar, em sua própria tradição, boas razões que aconselhem a separar o que é digno de ser conservado daquilo que merece crítica.

Com efeito, Jürgen Habermas (2003, p. 54) assevera que o positivismo jurídico só se torna legítimo quando o legislador proporciona uma inserção social, na qual os cidadãos, como integrantes de uma sociedade livre, produzem e interferem sobre as regras que serão reproduzidas normativamente, através do seu agir comunicativo. A escolha do povo é positiva, ao passo que gera uma “autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos”, o que o autor denomina de democracia deliberativa.

Assim, o agir comunicativo ressalta a importância do direito para a teoria, já que ela outorga às leis a garantia das liberdades de ação, afastando do povo a responsabilidade das normas morais. Dessa forma, o direito positivo torna-se legítimo mediante o processo legislativo, que se fundamenta pela soberania popular (HABERMAS, 2003).

É pertinente trazer a divisão que é feita por Jürgen Habermas (2010), no que diz respeito à sociedade, já que ele a divide em dois campos – o sistema e o mundo da vida –, os quais são importantes para entender sua teoria da ação comunicativa. Para o autor, o sistema é constituído por subconjuntos, por exemplo: as leis, relações de poder, relações econômicas; em contrapartida, o mundo da vida é o que está oculto nas relações sociais, é o plano de fundo.

Nesse sentido, a ação comunicativa forma os sistemas simbólicos do mundo da vida, como a cultura, a sociedade e o sujeito. A cultura refere-se aos recursos de sabedoria e instrução onde os atores sociais se municiam de elucidação para o entendimento sobre o mundo; já a sociedade é o sistema genuíno no qual os atores sociais norteiam suas ligações na coletividade a que pertencem; e por fim, o sujeito é a soma de capacidades que tornam a pessoa apta a falar e agir, ou seja, capaz de construir sua personalidade na correlação com seu ambiente de origem. (HABERMAS, 2010).

Jürgen Habermas (2002), ao criar a teoria da democracia deliberativa, tem como intuito mostrar as conjunturas de aplicabilidade prática no âmbito político, ao ressaltar sobre as consequências legais do governo popular deliberativo. Nesse ínterim, o autor acrescenta que o poderio especialmente integralizado da solidariedade “[...] precisa desdobrar-se sobre opiniões públicas autônomas e amplamente espalhadas, e sobre procedimentos

institucionalizados por via jurídico-estatal para a formação democrática da opinião e da vontade [...].” (HABERMAS, 2002, p. 286).

Jürgen Habermas (2003, p. 186) elabora o paradigma procedimentalista do direito, sob a perspectiva da teoria do discurso, através da sua análise da política e do direito, que acredita na ação do povo, e não na atuação paternalista gerada pelas Cortes Superiores, para o alcance dos propósitos sociais desejados:

Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a “combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada” são a chave para se entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não estatizados [...].

Jürgen Habermas (2003) possui uma definição de cunho formal sobre a teoria procedimentalista, já que não cria um modelo ou padrão de sociedade ideal, tampouco há qualquer imposição referente à política, o que difere, sobremaneira, do paradigma liberal.

Assim, o autor acrescenta que esse formalismo vem garantir as “condições necessárias, segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.” (HABERMAS, 2003, p. 189).

Sobre o paradigma procedimental, é necessário ter presente o que deveras importa no processo democrático de grupos sociais complexos, que são a “solidariedade social”, em estado de destruição, e as “fontes do equilíbrio da natureza”, as quais estão em estado de perecimento:

[...] Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das práticas de autodeterminação comunicativa. [...] Esta compreensão, como, aliás, o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a **ideia** da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo (HABERMAS, 2003, p. 189/190).

Dessa forma, Jürgen Habermas (2003, p. 183), um estudioso da democracia, sobretudo da democracia deliberativa, verifica no povo, através da sua participação ativa do processo

político, o fortalecimento da ordem democrática, substituindo o “cliente de burocracias do Estado social”, por sujeitos atuantes politicamente.

Nesse sentido, com o estudo das duas correntes da judicialização, percebe-se que a corrente explicativa substancialista vê no Poder Judiciário um meio importante para a busca da efetivação dos direitos fundamentais, enquanto a corrente analítica procedimentalista entende o fenômeno da judicialização como um risco à soberania popular e a vontade do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, pode-se afirmar que a judicialização possui pelo menos duas faces, por assim dizer. Uma face mais afirmadora dos direitos e outra mais crítica aos possíveis resultados desse fenômeno, já que quando a vida passa a se judicializar – aqui, valendo-se dos ensinamentos de Antoine Garapon e de Jürgen Habermas –, o Judiciário passa a ser responsável por decidir questões de grande relevância social e humana. Isso, na visão dos autores citados, acabaria por trazer riscos à soberania do povo, que perde o poder de gerir questões de importância e de impacto na sua vida individual e coletiva, já que existem outras formas de resolução de conflitos que não o Poder Judiciário.

Assim, quando se amplia o acesso à justiça aos cidadãos, através da democracia e do Estado Democrático de Direito, e esse é um lado positivo do fenômeno da Judicialização, amplia-se também as responsabilidades do Poder Judiciário na garantia da cidadania. Responsabilidade que seria também da coletividade, dos demais poderes (Legislativo e Executivo) e de controle de todas as instituições de um Estado Democrático de Direito, ou seja, criam-se mecanismos que limitam os próprios cidadãos e as instituições na responsabilização e fiscalização da cobrança de direitos, transferindo tais responsabilidades de forma acentuada para o Poder Judiciário.

Sobre o estudo das correntes, pode-se afirmar que a corrente explicativa substancialista vê a judicialização como uma forma de efetivar os direitos fundamentais salvaguardados na Constituição Federal de 1988, no caso do Brasil. Enquanto que a corrente analítica procedimentalista vê na transferência do poder de decisão ao Poder Judiciário um risco à democracia e à soberania do povo, já que se acredita que a judicialização ameaçaria a força política dos cidadãos.

Dessa forma, como resposta à problemática norteadora desta pesquisa, a judicialização é um fenômeno das democracias modernas, já que é através da democracia que

se amplia o acesso à justiça a todos e todas de forma igualitária. Contudo, essa ampliação também pode trazer riscos à soberania do povo, já que tudo é levado à apreciação do Poder Judiciário, o qual se tornaria o único responsável por decidir questões que muitas vezes não precisariam passar pelo seu crivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 09 set. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. vol. I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. Traducción Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **OAB in foco**. Uberlândia, ano 4, nº 20, 2009.

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

VIANNA, Luiz Werneck. **Dezessete Anos da Judicialização da Política.** São Paulo: Tempo Social, v. 19, nº 2, 2007.

Submetido em 16.05.2022

Aceito em 30.10.2025