



**CIDADANIA JURÍDICA: O ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA NO BRASIL**

**LEGAL CITIZENSHIP: JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIALIZATION OF
POLITICS IN BRAZIL.**

Aginaldo de Sousa Barbosa¹
Ana Carolina de Moraes Colombaroli²

RESUMO

O presente artigo busca analisar os processos de ativismo judicial e judicialização da política e da sociabilidade no cenário brasileiro. Pretende-se debater sobre a construção democrática no país após a Constituição Federal de 1988, destacando a importância do acesso ao direito para a construção de uma atividade política permanente. Questiona-se a potencialidade do direito enquanto instrumento para emancipação, partindo-se do pressuposto de aquele deve ser compreendido para além da normatividade. A discussão acerca da judicialização e do ativismo judicial é feita, predominantemente, a partir da ótica das ciências sociais, apresentando-se as razões da judicialização, de que modo ela se deu, as consequências, e as principais diferenças apresentadas entre este e o fenômeno do ativismo judicial. Trata-se, por fim, da “revolução processual” decorrente da Constituição de 1988, ressaltando-se as questões de acesso à justiça e tutela de direitos coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política. Ativismo judicial. Construção democrática. Emancipação.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the processes of judicial activism, judicialization of the politics and of the sociability in the Brazilian scene. It intends to discuss the democracy building in the country after the Federal Constitution of 1988, emphasizing the importance of the access to the justice for the construction of a permanent political activity. It questions the capability of law as an instrument for empowerment, assuming that it should be understood beyond the norm. The discussion about the thejudicialization and judicial activism is done, mainly, from the perspective of the social sciences, presenting the reasons for the judicialization, how it occurred, its consequences, and the main differences between the judicialization and the judicial activism. Finally, it talks about the "procedural revolution" due to the 1988 Constitution, highlighting the issues of access to justice and protection of collective rights.

KEY-WORDS: Judicialization of the politics. Judicial activism. Democratic building. Emancipation.

¹ Doutor e Pós-Doutor em Sociologia. Professor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.



1. INTRODUÇÃO

Nossa perspectiva de abordagem difere de grande parte da bibliografia política³ recente sobre o Brasil, ao que nos parece, estabeleceu um consenso acerca da ausência de uma cultura democrática profundamente enraizada. Embora atestando alguns câmbios positivos, tende a reafirmar a distância que nos separa dos níveis confortáveis para a consolidação da democracia. Segundo tal viés, a democracia brasileira teria seu componente cívico atrofiado: afinal, uma sociedade que nunca viveu uma revolução⁴, cuja trajetória política conheceu longos períodos ditatoriais e que, diante da globalização, vê enfraquecido o Estado-nação, não se habituou à democracia.

A abordagem sociológica da democracia tem buscado condicionantes na *cultura política*, associando-a aos processos de institucionalização das democracias, a partir do entendimento da sociedade e da natureza do processo político como expressões de uma comunidade de valores e consciências. O argumento sociológico sobre a democratização em países não originários está voltado para os movimentos (re)construtivos de identidades coletivas (CARVALHO, 2002, p. 307). Este argumento está presente nas concepções pessimistas acerca da democratização brasileira.

³Cf. LAMOUNIER, Bolívar; SOUZA, Amaury de. Democracia e reforma institucional no Brasil: uma cultura política em mudança. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, p. 311-347, 1991. MOISÉS, José Álvaro. **Os brasileiros e a democracia: bases sociopolíticas da legitimidade democrática**. São Paulo: Ática, 1995. REIS, Elisa; CHEIBUB, Zairo. Mercado, cidadania e consolidação democrática. **Dados – Revista de Ciências Sociais**: Rio de Janeiro, v. 36, n. 2, p. 233-260, 1995. CARVALHO, José Murilo de et al. **Lei, justiça e cidadania**. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV/ISER, 1995. REIS, Flávio Wanderley; CASTRO, Mônica Matta Machado de. Democracia, civismo e cinismo. Um estudo empírico sobre normas e racionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 25-46, 2001.

⁴“No Brasil nunca houve, de fato, uma revolução, e, no entanto, a propósito de tudo fala-se dela, como se a sua simples invocação viesse a emprestar animação a processos que seriam melhor designados de modo mais corriqueiro. Sobretudo, aqui, qualificam-se como revolução movimentos políticos que somente encontraram a sua razão de ser na firme intenção de evitá-la, e assim se fala em Revolução da Independência, Revolução de 1930, Revolução de 1964, todos acostumados a uma linguagem de paradoxos em que a *conservação*, para bem cumprir o seu papel, necessita reivindicar o que deveria consistir no seu contrário à revolução. Nessa dialética brasileira em que a tese parece estar sempre se automeando como representação da antítese, evitar a revolução tem consistido, de algum modo, na sua realização” (VIANNA, 1996).



[...] a sugestão de que a democracia brasileira é débil porque a cultura política democrática jamais grassou entre nós articula uma ampla gama de interpretadores com implantação histórica real na imaginação do país, mais buliçosa agora, quando o *revival* culturalista encontra franca acolhida nas pesquisas de opinião mundializadas (CARVALHO, 2002, p. 308).

No entanto, diferentemente da maioria dos intérpretes da democracia brasileira, Luiz Werneck Vianna – ao qual nos filiamos – e Guillermo O’Donnell se afastam da rota do pessimismo sociológico e enfrentam a questão da cultura democrática brasileira deslocando o tema da *cidadania cívica* para o da *cidadania jurídica*.

Embora estes dois autores apresentem divergências nas definições de democracia, convergem teoricamente em torno da ideia de que a assimilação e institucionalização da democracia não necessitam de um acordo ético preliminar, ao passo que as normas obrigam todos os destinatários a um comportamento, o que preenche as expectativas generalizadoras.

Segundo Carvalho (2002, p. 309-310), essa ideia desdobra-se no reconhecimento de que a democracia não se resume à institucionalidade do governo, mas demanda também um Estado Democrático de Direito, sustentador das normas legais que correspondem à permanência e exigência do regime democrático, bem como que esse sistema legal seja válido, ou seja, capaz de ordenar, de fato as relações sociais, de utilidade reconhecida por todos.

Em oposição ao *pessimismo sociológico*, acreditamos que a construção democrática brasileira ganha força na contemporaneidade, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

O processo constituinte marcado pela efetiva participação de diversos setores da sociedade civil faz emergir uma Constituição com uma estrutura normativa que envolve um *conjunto de valores*. Pode-se afirmar, portanto, que existe uma conexão de sentido entre os valores compartilhados pela comunidade civil e política e a ordenação jurídica fundamental, que prioriza os valores de igualdade e dignidade humana.

Silva (1985, p. 6), acerca das características constitucionais brasileiras, afirma que:

O constituinte [...] rejeitou a chamada constituição sintética, que é a “constituição negativa”, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de “constituição-garantia” (ou constituição-quadro). A “função garantia” não só foi preservada como até ampliada na nova



Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de “constituição-dirigente”, enquanto define fins e programa de ação futura [...].

O constitucionalismo brasileiro assume caráter definitivamente democrático, com base no binômio dignidade humana/solidariedade social, significando um *movimento de retorno do direito* no país.

Num contexto de construção democrática tardia, a constitucionalização de direitos civis, políticos e sociais e a incorporação da linguagem dos direitos pela cena política e jurídica brasileiras faz com que floresça um processo de *cidadania jurídica* concomitante à *procedimentalização democrática*, ativando processos de identidades coletivas.

O acesso à justiça passa à raiz da adesão à democracia, ao permitir a construção de uma atividade política permanente na busca pela satisfação de interesses, culminando no *ativismo judicial e judicialização da política* como processos intrínsecos à dialética de mudança social.

Concebendo a *cidadania jurídica* como perspectiva democrática e, no intuito de compreender de que modo o direito, o ativismo jurídico e constitucional se constituem instrumento de dialética da mudança social na contemporaneidade, nas próximas páginas discorreremos sobre o potencial emancipatório do Direito, empreenderemos discussões sobre o ativismo jurídico e a judicialização da política, bem como sobre o protagonismo do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro, com especial atenção à ampliação do acesso à justiça, e à procedimentalização democrática.

2. O DIREITO PODE SER EMANCIPATÓRIO

Este item apresenta, como principal aporte teórico, a obra *Poderá o direito ser emancipatório?*, de Boaventura de Sousa Santos (2003), mas, diferentemente do sociólogo português, que apresenta em seu título uma dúvida, apresentamos aqui uma afirmação, pautada na ideia de construção democrática por meio da *cidadania jurídica*, de que o Direito pode ser emancipatório. Na interpretação do objeto, valemo-nos também da obra de Bourdieu (2012, p. 209-254) e de Vianna; Burgos (2002, p. 331-492)

2.1 Do direito como reflexo das relações de força



Inicialmente, faz-se necessário compreender que o Direito apresenta uma dupla determinação. Nos dizeres de Bourdieu (2012, p. 211):

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas ações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.

O conceito de Direito aqui discutido difere-se da concepção de *ciência jurídica* dos juristas e historiadores do direito -calcada no desenvolvimento interno de seus conceitos e métodos, apreendendo o direito como sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo sua dinâmica interna. Nas análises recorrentes sobre o tema, a fim de blindar a atuação jurídica da influência da política, bem como a influência da atuação jurídica na política, foram utilizados dois discursos: a) o Judiciário é independente em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; b) o direito está estritamente vinculado à Constituição e às Leis. Nas palavras de Barroso (2011, p. 82):

Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.

É preciso estar atento para não incorrer no erro de reduzir o fenômeno normativo a somente um de seus elementos – a lei, uma vez que ela é incapaz de encerrar a diversas facetas e dimensões do direito. Além de insuficiente, a identificação exclusiva do Direito à lei pertence a uma lógica Estatal, correspondente aos anseios da classe dominante, que vê nele um instrumento de dominação e exercício do poder sobre a sociedade.

O direito, enquanto objeto do presente estudo, opõe-se à ideologia do corpo de doutores, apresentando-se como reflexo direto das relações de força existentes, em que se



exprimem as forças econômicas, os interesses dos dominantes, mas também os interesses da sociedade civil e dos movimentos sociais.

Em nosso entendimento, o campo jurídico é lugar de luta, de concorrência para declarar *o que é direito*, em razão da elasticidade dos textos normativos. A decisão judicial, ao mesmo tempo em que não pode prescindir da técnica jurídica, se insere, inequivocamente, no campo do político.

Não é possível crer na suposta separação entre direito (domínio da razão) e política (domínio da vontade), na medida em que aquele é produto dos processos constituinte e legislativo, um dos principais produtos da política, troféu pelo qual batalhas são travadas.

Ademais, no plano de sua aplicação, seria ingênuo cultivar a crença em sua neutralidade científica, completude do direito ou da interpretação judicial enquanto processo mecânico e técnico de materialização das normas jurídicas. A interpretação do direito envolve elementos cognitivos e volitivos, as decisões judiciais são essencialmente políticas, influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos.

Por outro lado, o direito também influencia fortemente a política e as relações sociais. A eficácia do direito transcende a área de atuação que lhe foi tradicionalmente atribuída na tripartição dos poderes, posto que está intimamente ligado aos interesses e valores inseridos nos textos jurídicos, bem como nas atitudes éticas e políticas que está encarregado de aplicar.

A instituição jurídica é fundamental para fazer avançar uma generalização como modelo, bem como para impor uma representação da normalidade. Bourdieu (2012, p. 238-239) se manifesta no sentido de que a produção de novas categorias de percepção e de apreciação depende da consagração, publicação e oficialização para ascender à existência plena, necessita de legitimação jurídica e judicial. Sabedores disso, aqueles que pretendem realizar uma transformação social lutam tanto nos campos político e científico quanto no interior do campo do direito.

2.2. O direito como instrumento para emancipação

Tendo em conta o conjunto das relações objetivas existentes entre o campo jurídico – lugar de relações complexas, que obedece a normas e técnicas próprias e é dotado de certa autonomia – o campo do poder e o campo social em seu conjunto, procuramos demonstrar de que forma as ações jurídicas e judiciais podem se apresentar como instrumento de liberdade, transformação e emancipação social, numa perspectiva de ressignificação



À primeira vista, pode parecer paradoxal elevar o direito – tradicionalmente inscrito na lógica de conservação, de manutenção da ordem simbólica – à categoria de instrumento para a emancipação. Resta claro que o direito, enquanto reflexo das forças sociais existentes, representa muito mais fortemente os interesses da classe econômica dominante, com vistas à manutenção do *status quo*. No entanto, numa análise aprofundada, observa-se que a *emancipação social* não representa, necessariamente, o oposto da *regulação social*, mas pode ser considerada seu duplo, seu processo de auto-revisão e autotransformação, através da adoção de uma postura que propugna pela transformação social. Num momento em que não cabe falar de revolução popular, uma política emancipatória não ruptural, conduzida internamente às instituições oferecidas pelo Estado Democrático de Direito pode ser capaz de produzir micro-revoluções cotidianas.

Tendo em conta que uma parte da sociedade é excluída da vida política e democrática, na medida em que luta por sua inclusão, torna-se capaz de traduzir suas práticas em emancipação. Essa luta não se dá tanto pela reivindicação dos direitos ignorados, mas sim pela efetividade dos direitos já declarados, à exemplo do direito constitucionalmente declarado de dignidade humana. A preexistência de direitos já positivados abre caminho à busca do pleno exercício da cidadania pelos que dela se acham excluídos (VIANNA, 2002, p. 373).

Para tanto, o direito deve ser pensado para além dos moldes liberais e social-democratas, combatendo o conservadorismo de modo eficaz. Santos (2003) nos apresenta caminhos plausíveis, de modo a adequar o direito aos anseios dos grupos sociais subalternos e seus movimentos, numa perspectiva contra-hegemônica⁵.

Santos (203) aplica, em sua análise, o método de sociologia das emergências, ou seja, interpreta de maneira expansiva as iniciativas, movimentos e organizações que se mostram resistentes ao modelo neoliberal de globalização e à exclusão social, de modo a tornar visíveis

⁵A perspectiva contra-hegemônica do direito a que nos referimos no presente trabalho refere-se às práticas que combatem as mazelas econômicas, sociais e políticas da globalização hegemônica. Fundamenta-se na concepção de que o Ocidente vive, contemporaneamente, uma globalização em que prepondera a ordem neoliberal, assente no aumento dramático da desigualdade nas relações sociais, contra a qual se deve lutar. “O direito que vigora neste modelo [neoliberal] não é o direito reformista, seja em versão demo-liberal, seja em versão demo-socialista. O direito conservador neoliberal não faz mais do que fixar o quadro em que uma sociedade civil baseada no mercado funciona e floresce, cabendo ao poder judiciário garantir que o Estado de direito é amplamente aceite e aplicado com eficácia. Afinal, as necessidades jurídicas e judiciais do modelo de desenvolvimento assente no mercado são bastante simples: há que baixar os custos das transações, definir com clareza e defender os direitos de propriedade, fazer aplicar as obrigações contratuais, e instituir um quadro jurídico minimalista” (SANTOS, 2003, p. 11).



suas tendências e possibilidades, identificando qualidades e entidades emergentes, que corriam o risco de ser descartadas por seu caráter ainda embrionário.

Sob esse prisma, embora as experiências de avanço social conduzidas pela via do Judiciário possam ser consideradas por alguns autores como insuficientemente representativas, são apresentados abaixo alguns pressupostos e exemplos ilustrativos de um direito de caráter contra-hegemônico e emancipatório.

É preciso, antes de qualquer coisa, ter em mente que o direito e a política de direitos podem – e devem – integrar-se numa luta política mais ampla, voltados para uma perspectiva contra-hegemônica, pugnando por ampla inclusão e acesso ao judiciário, de modo a promover uma égide dual de ferramentas jurídicas e políticas, posto que o acesso à procedimentalização na aplicação da norma proporciona uma forma de cidadania social e participação na vida pública. Impõe-se, ainda, a busca pela transformação do judiciário atual, de características predominantemente restaurativas (com vistas a promover a solução de conflitos de interesses privados), em um judiciário transformador, que vise à promoção de efetiva justiça social.

Não se pode ignorar as experiências jurídicas que conduzem a um aprofundamento da dialética de mudança social que se nos apresentam. Santos (2003, p. 43-53) apresenta cinco conjuntos de legalidades cosmopolitas: (a) o direito nas zonas de contato, ou seja, aquelas em que diferentes culturas jurídicas se enfrentam de modo assimétrico, a exemplo dos povos indígenas e culturas nacionais dominantes, ou dos imigrantes nos países estrangeiros. Nestes casos, a legalidade é anti-monopolista, o universo cultural e o universo normativo são obrigados a aproximar-se, propiciando a inovação, a experimentação cultural, normativa, e o direito à igualdade não pode existir sem o direito de reconhecimento à diferença. Diante dessa situação, tem-se buscado o pluralismo jurídico, a inclusão social sem abdicação da identidade cultural e a valorização dos saberes alternativos; (b) o direito e a redescoberta do mundo do trabalho, uma vez que o neoliberalismo interveio maciçamente contra as leis e direitos trabalhistas, em escala global. Cumpre agora ao movimento operário uma reestruturação que integre a esfera local com a esfera transnacional, reinventando a solidariedade entre os trabalhadores e as estratégias de antagonismo social. Apresentam-se, diante desse quadro, iniciativas promissoras, como a redução do horário de trabalho, a aplicação efetiva de padrões de trabalho, um movimento que busca conscientizar os consumidores acerca das empresas que violam direitos dos trabalhadores e o reconhecimento do polimorfismo do trabalho; (c) quanto à produção não-capitalista – com os objetivos de democracia do trabalho,



desmercadorização⁶, promoção de mercados não-capitalistas subalternos e desenvolvimento e aperfeiçoamento de sistemas alternativos de produção –, tem-se buscado o direito para proteger as cooperativas, bem como para pressionar por cláusulas em que se preveja o comércio justo nos acordos comerciais internacionais; (d) no caso dos *não-cidadãos*, aqueles excluídos não só de suas relações com o Estado, mas também com outros indivíduos, a sua (re)inserção na sociedade depende da mobilização da política de direitos humanos internacionais, do estabelecimento de padrões mínimos de inclusão baseada na cidadania ou do estabelecimento de pactos político-jurídicos entre os próprios membros da comunidade local com vista a se defenderem contra forças de exclusão superiores; (e) a concepção do Estado como o mais recente de todos os movimentos sociais, levando e consideração a permanente disputa pela legitimidade, bem estar socioeconômico e identidade cultural, além do seu envolvimento nas políticas de redistribuição social, nos critérios de inclusão e exclusão.

Partindo do pressuposto de que a sociedade civil não é esfera contraposta ao Estado, mas parte dele, expressão racionalizada da eticidade que tem nele o momento de fundação, sua caracterização como novo movimento social impõe a necessidade de que os grupos progressistas busquem englobar, simultaneamente, ações estatais e não estatais, numa luta pela democratização da regulação social, da coordenação de interesses diversos, incluindo-se numa perspectiva democrática (re)distributiva.

O Poder Judiciário insere-se nessa prática, especialmente sob o ângulo da revolução processual, como no caso das ações coletivas, da ampliação e facilitação do acesso à justiça, admitindo uma modelagem de direito responsivo, em que a sociabilidade pode fazer parte do processo de criação do direito. A intervenção da sociedade – e das ciências sociais – sobre a operacionalização do direito enseja um ativismo judicial militante (VIANNA, 2002, p. 340).

3. DISCUSSÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Após discorrer sobre a potencialidade emancipatória do Direito, é necessário aprofundar a discussão acerca da ampliação do controle normativo do Poder Judiciário. Está uma discussão que se desenvolve tanto na ciência política, quanto na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo do Poder Judiciário parece abalar o princípio da

⁶ Neologismo que traduz-se na busca para que os bens, serviços públicos e instituições sociais não sejam sujeitos às regras de mercado capitalistas.



separação dos poderes, bem como inaugura um novo espaço público, desvinculado das instituições político-representativas tradicionais.

A fronteira entre o político e o jurídico torna-se cada vez mais fluida na contemporaneidade. Se nos países de *common law* o ativismo judicial já era favorecido em razão das práticas criativas jurisprudenciais e da influência política do juiz, nos países de *civil law*, especialmente após o movimento neoconstitucionalista, como é o caso do Brasil, a instituição do Estado Democrático de Direito garante espaço a interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional. Já é, inclusive, possível falar em um *direito judicial*, em oposição ao *direito legal* (CITTADINO, 2002, p. 17-18).

A judicialização significa que algumas questões de repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionalmente políticas, como as Câmaras Legislativas e o Poder Executivo. Envolvendo uma transferência de poder aos juízes e tribunais, com alterações de linguagem, argumentação e modo de participação da sociedade, a judicialização indica a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas (BARROSO, 2009).

3.1 As razões da judicialização

As causas do fenômeno da judicialização são diversas. Algumas expressam uma tendência mundial, mas outras estão diretamente relacionadas com o modelo institucional brasileiro.

A primeira das causas a ser apontada, no Brasil, foi o processo de redemocratização, que teve como ponto culminante a Constituição Federal de 1988, fortalecendo o Poder Judiciário e aumentando a demanda por justiça na sociedade brasileira. Desde fins dos anos 1970 e início dos anos de 1980, os novos atores sociais e políticos organizaram-se e pressionaram para um Estado Democrático de Direito e uma cidadania ativa, contribuindo para o debate sobre mudanças legislativas que garantissem direitos, especialmente da população marginalizada e das minorias (MOTTA, 2007, p. 3-4). Surge uma nova dinâmica social de absorção e defesa das normas e valores democráticos na vida cotidiana, ganha força a luta de setores civis e governamentais contra a violação dos direitos humanos (SORJ, 2001, p. 119).

A emergência, nos anos 70, dos movimentos de defesa dos direitos humanos, especialmente dos direitos relativos à vida e à integridade física daqueles que



lutavam contra o regime autoritário que se abateu sobre o país; a luta, na primeira metade dos anos 80, pela reconquista dos direitos de participação política; a efetiva participação, na segunda metade dos anos 80, de diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte do qual decorreu a Constituição de 1988; as freqüentes denúncias, a partir dos anos 90, das violações dos direitos fundamentais das camadas populares, tanto daqueles relativos à vida e à integridade física, como os referentes aos benefícios econômicos e sociais assegurados notadamente pela nova Constituição – caracterizando a *cidadania de baixa intensidade*, de que fala O'Donnell, tudo isso faz com que a linguagem dos direitos seja definitivamente incorporada ao debate político e ao ordenamento jurídico brasileiros. (CITTADINO, 2002, p. 24-25).

Com a recuperação de garantias da magistratura⁷, o Judiciário deixa seu posto de departamento técnico e especializado, tornando-se um verdadeiro poder político, capaz de dar validade efetiva à Constituição e à lei, até mesmo em confronto com os outros Poderes. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal foram investidos sob a égide do regime democrático. Por outro lado, o Ministério Público passou a atuar intensamente fora do âmbito penal (ao qual era restrito), traduzindo outros valores, voltando-se para a proteção dos direitos coletivos e difusos (BARROSO, 2009).

Outro ponto a ser considerado é o processo de *constitucionalização abrangente*, representado pela inserção, no texto constitucional, de matérias antes relegadas ao processo político majoritário e para a legislação ordinária. A Constituição de 1988, analítica, ambiciosa, ao alçar um direito individual, prestação estatal ou fim público à categoria de norma constitucional faz com que a demanda social se transforme em pretensão jurídica, exigível por meio de ação judicial, levando o Judiciário ao debate sobre ações concretas e políticas públicas.

Cumpram ainda considerar o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, considerado por Barroso (2009) um dos mais abrangentes do mundo, ao combinar aspectos do sistema americano (de controle incidental e difuso, por meio do qual o juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei em um caso concreto, caso a considere inconstitucional) e do sistema europeu (que determina o controle por ações diretas, permitindo que determinadas matérias sejam levadas imediatamente ao Supremo Tribunal Federal). Além disso, o art. 103 da CF prevê as *classactions*, num direito amplo de propositura de ações diretas por parte dos

⁷ São constitucionalmente garantidas ao magistrado, de modo a preservar sua independência, ao abrigo das ameaças e imposições, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.



órgãos, entidades públicas e privadas. Desta feita, praticamente todas as ações políticas ou moralmente relevantes podem ser submetidas à apreciação do STF.

Vianna e outros autores (1997) em *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, ressalta as marcas deixadas pelo processo de redemocratização do país no Poder Judiciário, tradicionalmente menos permeável a mudanças. Os magistrados viram-se forçados a adaptar-se a um novo contexto, forçado ao ativismo enquanto guardião dos direitos fundamentais e sociais, forçado a comprometer-se com a realização da Justiça, alcançando protagonismo diante dos demais poderes. A obrigatoriedade de interpretar o marco jurídico infraconstitucional, em conformidade com a Constituição faz com que se encontre constantemente na iminência de julgar através dos princípios, imprimindo-lhe uma postura ativa e verdadeiramente criativa.

O novo formato do Judiciário é menos em razão de uma política institucional desejada, do que resultado do processo de transição para a democracia no momento em que, no contexto internacional, se dá uma reestruturação das relações entre sociedade e Estado, provocadas pelo neoliberalismo (VIANNA et. al., 1997). A origem da expansão dos direitos dos tribunais está, mais do que em uma mudança do perfil do magistrado brasileiro, na alteração do processo de construção democrática brasileira; no momento em que sua direção escapou das mãos de personalidades, partidos e grupos sociais comprometidos com a tradição republicana, passando ao controle de grupos que, em nome de ajustar o país às condições econômicas da globalização, exaltando o mercado como instância determinante da vida social. A primeira repercussão foi o desajuste entre o projeto e as ações governamentais neoliberais em relação à recém-aprovada constituição (VIANNA et al, 1999, p. 10).

Estabeleceu-se, nos anos 90, uma linha de tensão entre o Poder Judiciário, guardião da Carta Constitucional e de sua filosofia política, e os Poderes Executivo e Legislativo, com uma agenda neoliberal. A preocupação da classe política tradicional com a imposição de um livre mercado, com a reinauguração das *autênticas liberdades* e com a *modernização do país*, a despeito da Constituição de caráter social-democrata e da implementação de direitos sociais levaram a uma crise de representação política, ao enfraquecimento dos poderes Legislativo e Executivo, fazendo com que o Judiciário crescesse enquanto ator político.

A crise do *welfarestate*, o constitucionalismo moderno e sua concepção do justo, a incorporação de direitos sociais dão força à tendência de desneutralização do judiciário e, por consequência, a um modelo de juiz com maior margem de discricionariedade no ato de julgar. Esse judiciário



desneutralizado tem contornos políticos traçados por uma concepção de legalidade que põe em xeque a rígida separação entre os poderes, acabando com a exclusividade do legislativo na formulação de leis. "O constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do poder judiciário sobre as decisões dos demais poderes, pondo em evidência o novo papel daquele poder na vida coletiva — o que já justificaria o uso da expressão 'democracia jurisdicional' como designação política do Ocidente desenvolvido." (VIANNA et al., 1997, p. 31). Este fenômeno é universal, afetando tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*, apesar das especificidades de cada modelo e de suas relações com o sistema político. (SADEK, 1998).

Como já mencionado, a judicialização não é exclusividade do Brasil, mas fenômeno corrente nos países de democracia avançada, como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e Estados Unidos. Este processo ainda está em andamento, e tem desenlace incerto, mas, na concepção de Vianna (1999), pode vir a favorecer o mútuo enriquecimento, tanto da democracia representativa quanto da democracia participativa.

3.2 Judicialização da política e das relações sociais

Tal qual definida por Vallinder (1995, p. 13 apud EISENBERG, 2002, p. 47), a judicialização corresponde ao processo de "infusão de processos decisórios e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes". Assim, a judicialização da política é um processo composto de dois movimentos distintos: (1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do Judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes.

A expansão do princípio democrático tem provocado, por toda a parte, uma institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços antes a ele inacessíveis. É visível e crescente a expansão do direito, seus procedimentos e instituições, tanto sobre a política quanto sobre a sociabilidade. A emergência do constitucionalismo democrático no mundo ibérico europeu e americano trouxe consigo a universalização do *judicial review*, bem como a afirmação de leis fundamentais que impõe limites à regra da *vontade da maioria*.



Esse contexto de ampliação do alcance da ação executiva e legislativa do Judiciário resulta numa expansão das demandas por resolução dos conflitos sociais, gerando a necessidade de raciocinar sobre novas conseqüências desejáveis.

No entendimento de Vianna et. al. (1999, p. 15), o fim à rigorosa separação entre o Estado e a sociedade civil, marcada pela ótica liberal de liberdades negativas, foi efeito da emergência dos novos detentores de direitos, especialmente o movimento operário e da institucionalização do *welfare*. Com a adoção da agenda de igualdade, o direito é difundido na sociabilidade e a relação entre os três Poderes, redefinida, adjudicando ao Judiciário a função de controle dos poderes políticos.

Assim, a democratização social, tal como se apresenta no *WelfareState*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritários corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz a Constituições informadas pelo princípio da positivação de direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *WelfareState* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa da legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. (VIANNA, 1999, p. 22).

A possibilidade de tutela jurídica aos conflitos entre grupos sociais e à proteção de interesses coletivos e difusos por meio das *classactionse publicinterestslitigation* resulta num envolvimento do direito na própria construção da sociabilidade, na medida em que tais ações favorecem a formação de identidades e de núcleos de organização social, sem os quais seria impossível a viabilização.

As mudanças no campo de disputa de conflitos, mais do que um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, têm levado a uma ação social substitutiva a dos partidos e instituições políticas tradicionais, na qual o Poder Judiciário surge como alternativa para a solução de conflitos coletivos, para agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania, traduzida em facilitação no acesso à justiça (VIANNA et. al., 1999, p. 22). A juridificação da sociedade brasileira apresenta-se como um *substitucionismo*, ou seja, em sua versão mais radical, “espera-se que o Judiciário seja o ponto de partida da regeneração do sistema social, de luta contra a desigualdade social e patrimonialismo.” (SORJ, 2001, p. 115).



Os procedimentos políticos são substituídos pelos mecanismos judiciais, expondo o Judiciário à interpelação direta de indivíduos e grupos sociais em busca materialização dos princípios “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 et al., 1999, p. 23).

No entanto, se o diagnóstico de *invasão* do campo da política e da sociabilidade pelo direito no mundo contemporâneo é comum, as avaliações sobre as repercussões são bem divergentes.

De um lado, temos o eixo de compreensão *procedimentalista*, identificado em Habermas e Garapon, restaurando as sombrias previsões de Tocqueville e entendendo-se, contemporaneamente, que a judicialização da política e das relações sociais e a ampliação do papel direito na positivação de direitos fundamentais desestimularia a face libertária e reivindicatória da cidadania social. A subsunção da efetivação e implementação dos direitos sociais ao campo do direito, portanto, fora do terreno da sociedade civil, conduziria a uma *cidadania passiva de clientes*.

Nessa chave de leitura, o processo de democratização social em sua orientação igualitária é visto como uma ameaça à liberdade, reclamando uma forte intermediação da política com o objetivo de restaurar as suas “instituições clássicas” e os valores republicanos no homem comum, mesmo considerando que a diluição das identidades sociais e com ela, a perda de substância da vida associativa e dos partidos, faz parte da natureza da sociabilidade contemporânea, inclusive pelos naturais efeitos derivados do processo de globalização em curso. (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 369).

Conforme Vianna esse eixo interpretativo:

“a igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada de uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária.” (VIANNA et al., 1999, p. 23).

Em outro polo, o eixo de compreensão *substancialista*, encontram-se Capelletti e Dworkin. As mudanças nas relações entre direito e política, especialmente por meio da criação jurisprudencial, seriam, além de inevitáveis, favoráveis ao desenvolvimento das efetivações da agenda igualitária, sem prejuízo à liberdade. O juiz é, nesse eixo, valorizado enquanto personagem de uma *intelligentzia*, especializada em declarar enquanto direito, princípios admitidos pela sociedade, como intérprete do justo na prática social.



[...] o eixo Capelletti-Dworkin confronta a invasão da política pelo Direito de uma perspectiva um pouco mais otimista, apontando para o importante papel que juízes e demais atores do judiciário exercem no sentido de estabelecerem um contraponto conservador à inevitável tendência dos legisladores de atuarem em convergência com os desejos da maioria. Defensores da Constituição, símbolo máximo do contrato original que estabelece o horizonte normativo da ordem política democrática, os juízes são capazes (e têm, até mesmo, a responsabilidade) de intervir ativamente nos processos políticos no sentido de assegurar a estabilidade e a coerência dessa ordem, bem como a sua extensão aos setores menos integrados da sociedade. (EISENBERG, 2002, p. 45).

Filiamo-nos, aqui, ao eixo *substancialista*, alimentado por uma perspectiva pragmática, tendo em vista os sistemas legais e suas condições de imposição no Ocidente moderno. Em países de democracia não originária, podendo-se dizer, até mesmo, retardatários, como o Brasil, a judicialização da política viabiliza o encontro da comunidade com os propósitos declarados constitucionalmente, sendo necessária, por motivos pragmáticos.

Nos dizeres de Bonavides (1993, p. 9-10)

A Constituição aberta levanta, entre outras, a questão medular da validade da democracia representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista [...]. Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem estar, a justiça e a prosperidade social, a velha democracia representativa já se nos afigura em grande parte perempta, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição [...] o instrumento da legítima vontade nacional e popular [...]. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três Poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo.

Embora não desacreditemos na democracia representativa, não é possível ignorar a conjuntura de exclusão das minorias no processo de formação da vontade do soberano, não é possível acreditar que ela seja suficiente para promover a justiça. Nos últimos anos, evidencia-se uma crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade no âmbito dos Poderes políticos por tradição. O executivo e o legislativo não se comportam como instituições de vocalização popular – e a população brasileira, ciente disso, dá demonstrações de descrédito à classe política tradicional –, mas atua como complexa estrutura política que,



em busca de vantagens, opera em diferentes centros de poder, resultando não necessariamente na vontade popular, e sim, com frequência, na concretização de interesses de grupos com interesses conflitantes.

Não queremos dizer, com isso, que os juízes sejam os personagens ideais para decidir acerca de direitos – é necessário considerar que estes têm seus próprios interesses e ideologias envolvidas nos processos que julgam, e podem, também, ser déspotas. No entanto, não existe razão, *a priori*, para considerá-los teóricos políticos menos competentes que os legisladores (DWORKIN, 1994, p. 388 apud VIANNA et al., 1999, p. 35).

Vianna e Burgos (2002, p. 342) estabelecem um paralelo interessante entre a valorização do direito e o conceito de *americanismo*⁸ em Gramsci. O americanismo é explorado a fim de conceber uma contínua radicalização da democracia pela procedimentalização da produção do direito e pela procedimentalização de sua aplicação.

O americanismo como filosofia em ato do homem-massa da sociedade moderna significaria, pois, um processo “espontâneo” – como tal, não utópico nem “cerebrino” – de criação da vida estatal e do direito, este último, sob a ótica de Gramsci, mais uma vez contra a corrente, destinado a cumprir importante papel de caráter educativo e criativo na mudança social. (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 357-358).

A emergente pluralidade de formas expressivas da soberania na atualidade – processos de afirmação da democracia deliberativa, da democracia representativa e das organizações não governamentais – nos leva à ideia de *soberania complexa*, proposta por Rosanvallon (apud VIANNA; BURGOS, 2002, p. 370-371). Ao lado da cidadania política, vinculada ao processo eleitoral, tem-se feito uma cidadania social, compreendendo, além dos representantes eleitos pelo povo, os que falam, agem e decidem em seu nome, como a magistratura e as demais instâncias legitimadas pela lei com a finalidade de exercer funções de regulação.

⁸ O americanismo pode ser compreendido enquanto “modalidade particular de revolução passiva que admitiria, ao contrário do sentido de origem desse conceito – a solução reacionária dada ao *Risorgimento* italiano –, uma revolução continuada a partir de uma autocomposição social, irradiada, em sua teoria, pela eticidade nascida na fábrica moderna” (VIANNA; BURGOS, 2002, p. 342). “O americanismo representaria em Gramsci a percepção de uma revolução passiva em *registro positivo*, expressando tanto uma aceleração da *societas rerum*, em um protagonismo dos ‘fatos’ tendente a intensificar as transformações moleculares na sociedade e nas relações desta com o Estado, quanto mudanças na *societas hominum*, dando partida a um processo constituinte permanente de regulação ‘por baixo’ de uma nova vida estatal (VIANNA, 1997, p. 81; GRAMSCI, 2001, v. 4, p. 241 apud VIANNA; BURGOS, 2002, p. 358).



A influência da sociedade no processo político é aumentada no contexto de *soberania complexa*. O social se auto-institui, pelas vias institucionalmente disponíveis, participando enquanto sociedade civil organizada.

A judicialização da política, na conjuntura nacional, ao invés de enfraquecer o sistema de partidos, especialmente os de esquerda e oposição, tende a reforçá-los, propiciando uma conexão entre democracia representativa e participativa, onde a cidadania tem legitimidade para impetrar processos judiciais contra as instâncias de poder. Estabelece-se, assim, uma judicialização da política que tem como base a Constituição de 1988 e sua apropriação por parte da sociedade civil. Quanto ao processo de judicialização:

Não se trata, pois, de uma “migração” do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania quanto pela “cidadania social”. (...) Nesse sentido, se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à proceduralização na aplicação da lei por meios de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública. (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 371-372).

A abertura dos procedimentos jurídicos dá ao Poder Judiciário uma capilaridade sem precedentes, capaz de abranger praticamente todo o tecido social, solidarizando a comunidade à Constituição Federal, o direito e seus procedimentos a toda a sociedade civil. A mobilização social para a defesa de seus interesses e direitos não pode prescindir dos recursos que lhe estão disponíveis para que alcancem sua emancipação enquanto cidadãos.

3.3 O ativismo judicial

O termo *ativismo judicial* foi utilizado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger denotando a postura do juiz que se incumbem do dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos (RAMPIN, 2011, p. 211).

Embora não tenham as mesmas origens, a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos muito próximos. Como demonstrado acima, a judicialização no Brasil surge em decorrência das conjunturas sociais, políticas e do modelo constitucional adotado, mas não é um exercício deliberado da vontade política do Poder Judiciário. “Se a norma constitucional



permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.” (BARROSO, 2009).

O ativismo judicial, por sua vez, nasce com o fim do constitucionalismo liberal e o início do constitucionalismo social e ganha espaço após a Segunda Guerra Mundial, especialmente nos Estados Unidos, com o advento da Corte Warren (FERNANDES, 2012, p. 259). Ele representa a escolha de um método específico, proativo de interpretação da Constituição, ampliando seu alcance.

Via de regra, o ativismo judicial se apresenta em situações de retração do Poder Legislativo, como reflexo do descolamento entre classe política e sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Sua idéia está associada a uma participação ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Executivo e Judiciário (BARROSO, 2009).

A postura ativista do Poder Judiciário pode se manifestar, basicamente, por meio de três diferentes condutas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009).

Já Keenan D. Kmiec (apud FERNANDES, 2012, p. 260), apoiado em um viés doutrinário, reconhece cinco principais conceitos de ativismo judicial.

a) prática utilizada para atacar (*strike*) atos emanados de outros Poderes, com constitucionalidade defensável – o que demonstra pouca deferência aos outros Poderes e lesão potencial à separação de poderes; b) estratégia de não aplicação de precedentes – sem muita aplicação no sistema romano-germânico, sobretudo do Brasil; c) conduta de legislar a partir do Tribunal – decisões com perfil aditivo; *juízes legisladores*; d) afastamento dos cânones interpretativos – encontra dificuldades práticas para sua identificação em face da quantidade de métodos existentes; e) julgamento predeterminado a um fim – idem ao anterior.

O ativismo judicial, na jurisprudência norte-americana foi, num primeiro momento, de natureza conservadora. Com a atuação proativa da Suprema Corte, os setores reacionários



encontraram amparo para a segregação social, invalidação das leis sociais e proibição do intervencionismo estatal. A situação, no entanto, se inverteu completamente a partir da década de 1950, produzindo uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros e mulheres (BARROSO, 2009).

No caso brasileiro, os juízes têm tomado uma posição claramente ativista. Pode-se citar, como exemplo, os casos em que a Constituição é diretamente aplicada em situações que não estejam expressamente contempladas em seu texto, e independente de manifestação do legislador: o da fidelidade partidária, onde o STF declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político; a extensão de vedação ao nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo; a extensão da instituição do casamento aos casais homossexuais; a declaração de inconstitucionalidade da aplicação de novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação; a declaração de inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam cláusula de barreira (BARROSO, 2009), entre outras.

Outro ponto em que o ativismo judicial faz-se fortemente presente é na imposição, ao Executivo, da execução de políticas públicas, especialmente em relação à saúde, distribuição de medicamentos e determinação de terapias por meio de decisão judicial. Embora a questão não tenha sido ainda contemplada pelo STF, as decisões que obrigam a União, Estado e/ou Distrito Federal se multiplicam nas justiças estaduais de todo o país.

A aplicação do ativismo judicial apresenta contornos específicos em se tratando de tutela coletiva, posto que, com ela, entra em cena uma maior participação do magistrado nos processos coletivos, resultante do forte interesse público nessas causas, por meio do princípio inquisitivo e do impulso oficial. Se é poder e responsabilidade do Poder Judiciário a jurisdição, nas ações coletivas, os entes legitimados não possuem somente a faculdade, mas também a responsabilidade pela solução de lides coletivas, posto que a efetividade deste tipo de direitos depende da sua efetiva participação (RAMPIN, 2011, p. 212).

Embora o ativismo judicial apresente caráter extremamente positivo ao atender demandas da sociedade que não foram, ou foram insuficientemente, atendidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, ele exhibe a crise apresentada nas instâncias tradicionais de representação, e não fomenta a reaproximação destas com a sociedade civil.

4. REVOLUÇÃO PROCESSUAL: INSTRUMENTOS PARA A DEMOCRACIA



A aproximação do Brasil à judicialização da política e da sociabilidade decorre do novo contexto institucional produzido pela Constituição Federal de 1988, especialmente ao definir a forma de participação civil no controle de constitucionalidade das leis e os instrumentos processuais voltados à proteção de direitos coletivos e difusos.

Quando a Carta Constitucional confia ao STF o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante provocação da comunidade de intérpretes da Constituição, institui um instrumento de grande importância tanto para a defesa dos direitos fundamentais quanto para a racionalização da administração pública.

Ao recepcionar os institutos que amparam os direitos subjetivos coletivos, a Constituição estabelece uma verdadeira revolução processual, “inovando, a relevância do papel civilizatório do direito na sociedade brasileira.” (VIANNA, 2002, p. 383).

Faz-se necessário apresentar, ainda que de forma sucinta, de que modo a revolução processual trazida pela Constituição de 1988 possibilita a instrumentalização da democracia e a efetivação de direitos fundamentais, antes restritos ao âmbito do *dever ser*.

4.1 A problemática do acesso à justiça

Com o advento e fortalecimento do *welfare*, a concepção negativa de direitos fundamentais e o individualismo perderam lugar para o reconhecimento de direitos sociais às comunidades, associações e indivíduos, exigindo-se uma atuação positiva do Estado a fim de assegurar o gozo desses direitos básicos.

O direito de efetivo acesso à justiça, portanto, ganhou particular atenção na medida em que as reformas do *welfarestate* procuraram armar os indivíduos de novos direitos substantivos, enquanto consumidores, locatários, empregados e, acima de tudo, cidadãos. O direito de acesso à justiça foi, e vem sendo cada vez mais, reconhecido como de máxima importância entre os novos direitos individuais e sociais, posto que a titularidade de direitos é completamente destituída de sentido sem mecanismos para sua efetiva reivindicação. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12). As técnicas processuais, portanto, passaram a atender a funções sociais.

O acesso à justiça, no entanto, não pode ser compreendido como mero acesso aos tribunais, posto que, assim, lhe é dada uma conotação eminentemente formal, insuficiente para a garantia dos direitos fundamentais. Nos dizeres de Duarte (2007, p. 20)



Dito acesso há de se dar, inafastavelmente e, sobretudo, através de um processo que seja justo. Ou seja, o processo deve estar apto a garantir a consecução dos seus fins, exigindo-se, portanto, mais do que um simples “acesso aos tribunais” dotado de um vácuo substancial. O processo há de ser conformado de tal forma que, tanto quanto possível, conduza a um resultado justo.

Cappelletti e Garth (1988, p. 15) ressaltam que, a despeito do crescimento do efetivo acesso à justiça enquanto direito social básico nas sociedades contemporâneas, o conceito de efetividade é, por si, vago. A efetividade seria representada, no contexto de um dado direito, como *igualdade de armas*, em outras palavras, a garantia de que a conclusão do processo dependa somente dos méritos jurídicos das partes antagônicas, independentemente das diferenças que, como as socioeconômicas, sejam estranhas ao Direito, mas afetem a afirmação e a reivindicação do direito. Para tanto, propõem a identificação dos obstáculos para sua suplantação.

A superação do primeiro obstáculo se dá por meio da implementação de assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, posto que, em praticamente todo o mundo, existe uma cisão entre o mundo jurídico e o profano, a interpretação dos textos jurídicos está restrita a alguns agentes investidos de competência.

O segundo grande movimento no esforço de concretizar o acesso à justiça deu-se na representação dos interesses coletivos e difusos, sobre os quais falaremos mais adiante, forçando a reflexão sobre as noções básicas de processo civil, desenvolvendo dentro dele uma verdadeira revolução (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 49). No caso brasileiro, com a Constituição Federal de 1988 o direito passa a ser o principal meio estratégico na questão social, ultrapassando as normas de direito material, em favor das normas de direito processual, a exemplo da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e da ação popular. Mediante a prática de novos procedimentos, os próprios atores sociais, diante de relações responsivas com o Judiciário, são capazes de exercer uma autoprodução normativa.

O terceiro movimento, por sua vez, apresenta uma visão renovatória do acesso à justiça, com vistas a atribuir maior efetividade e celeridade à tutela jurisdicional, por meio de institutos de antecipação de tutela, mitigação dos recursos e meios de impugnação, além de concentração dos ritos processuais (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 67-73).

4.1.1 *Direito constitucional processual e direito processual constitucional*



O acesso à justiça foi instrumentalizado pela Constituição Federal de 1988, que apresenta normas jurídicas materiais (que fornecem parâmetros para realização do controle da conduta subjetiva) e processuais (que visam estabelecer condições para que os parâmetros tenham congruência com seus valores e princípios, tanto no plano abstrato quanto no plano concreto, para que possam ser efetivados) (RAMPIN, 2011, p. 119).

Tal ordem constitucional das normas processuais é objeto de estudo de processualistas como Nelson Nery Júnior, Cândido Rangel Dinamarco e Gregório Assagra de Almeida. Nelson Nery nos revela a existência do que ele denomina de *direito constitucional processual*, que pode ser entendido como o conjunto de normas de Direito Processual que se encontram na Constituição Federal, bem como do *direito processual constitucional*, ou seja, a reunião de princípios regulatórios da jurisdição constitucional.

Para que o processo reflita as bases do regime democrático, Nery (2009) desenvolve os princípios que funcionam como um sistema de garantias no processo, a saber: a) devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); b) isonomia (CF, art. 5º, caput); c) juiz e promotor naturais (CF, art. 5º, XXXVII); d) inafastabilidade do controle constitucional, também chamado de direito de ação (CF, art. 5º, XXXV); e) contraditório (CF, art. 5º, LV); f) proibição de prova ilícita (CF, art. 5º, XII); g) publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, IX e art. 93, IX); h) duplo grau de jurisdição (CF, art. 93, IX); i) motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Pode-se falar, ainda, de instrumentos tipicamente processuais no próprio texto constitucional, que viabilizam a tutela de determinados direitos e interesses jurídicos, identificados nas verdadeiras ações constitucionais, dividindo-se em ações de controle concentrado de constitucionalidade⁹ e ações coletivas¹⁰.

4.2 A tutela de direitos coletivos enquanto procedimentalização democrática

⁹ As ações de controle concentrado de constitucionalidade são: ADECON – ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, “a”); ADIn – ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, “a”); ADIn interventiva (CF, art. 36, III); ADIn por omissão (CF, art. 103, §2º) e; ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 103, §1º).

¹⁰ São ações coletivas previstas da CF/88: ação popular (CF, art. 5º, LXXIII); ação civil pública (CF, art. 129, III); mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX); mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI), ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, §§ 10 e 11); dissídio coletivo (CF, art. 114)



A Constituição Federal de 1988, marco do reencontro brasileiro com a democracia política, consagrou a representação institucional, concedendo-lhe um novo papel, afirmativo, ao entendê-la como parte integrante dos mecanismos de democracia participativa.

O Ministério Público foi aberto às demandas sociais quando lhe foi confiada a função de representação da ordem jurídica e dos interesses sociais. A nova Carta introduziu mudança significativa quanto à representação funcional, uma vez que foram admitidas na comunidade de intérpretes da constitucionalidade a confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional, e também o Conselho Federal da OAB. Por outro lado, os sindicatos foram legitimados a propor ações civis públicas e mandados de segurança coletivos, implicando parte da sua atividade institucional ao Poder Judiciário (VIANNA; BURGOS, 2002, p. 385).

Assim é que a representação funcional, originária do contexto de modernização autoritária dos anos 30, permanece como elemento de continuidade na formação da cidadania, passando de suporte necessário à cidadania regulada de que tratou Santos (1979) a uma modernidade de expressão da livre cidadania que emerge da Carta de 1988. Dessa *continuidade-descontinuidade* quanto ao papel da representação funcional no país, tem resultado, como um dado singular à nossa formação, uma parceria institucional entre as duas formas de representação, do que é exemplo a frequência com que os partidos políticos recorrem à iniciativa do Ministério Público. É daí que se tem afirmado, entre nós, uma cidadania complexa, não limitada ao eixo especializado da representação política, e que encontra um de seus cenários no Poder Judiciário quer no controle de constitucionalidade das leis e dos atos da administração pública, quer como partícipe eventual do próprio acesso de criação do direito, nos procedimentos das ações civis públicas, das ações populares e dos mandados de segurança coletivos, especialmente em matéria de direito subjetivo público (VIANNA; BURGOS, 2002, p. 385).

Verifica-se que os instrumentos de tutela coletiva de direitos ocupam espaços privilegiados dentre os caminhos de afirmação, no país, da representação generalizada da cidadania complexa. O processo de judicialização da política no Brasil é resultado de uma apropriação das inovações apresentadas na Constituição de 1988 pela sociedade e por seus agentes institucionais.

Ao falar de tutela coletiva, remetemo-nos a uma ordem de proteção que supera a normatividade positivada e se mostra efetiva no plano fático, real. Enquanto inseridas no bojo dos direitos e garantias fundamentais do Estado democrático de direito brasileiro, lhes devem ser garantidas proteção e preferência. “De fato, inclusive no plano do acionamento judicial, urge priorizar formas de tutela que atuem antes da violação dos direitos coletivos, dado as



dimensões catastróficas (muitas vezes irreparáveis) decorrentes das respectivas lesões.” (RAMPIN, 2011, p. 154).

5 CONCLUSÕES

Demonstramos, em oposição ao *pessimismo sociológico*, que a construção democrática brasileira ganha força na contemporaneidade, especialmente com o advento da CF/88. Num contexto de construção democrática tardia, a constitucionalização de direitos civis, políticos e sociais e a incorporação da linguagem dos direitos pela cena política e jurídica brasileiras faz com que floresça um processo de *cidadania jurídica* concomitante à *procedimentalização democrática*, ativando processos de identidades coletivas.

Sobre o potencial emancipatório do direito, nos resta claro que ele, enquanto reflexo das forças sociais existentes, representa muito mais fortemente os interesses da classe econômica dominante, com vistas à manutenção do *status quo*. No entanto, numa análise aprofundada, observa-se que a *emancipação social* não representa, necessariamente, o oposto da *regulação social*, mas pode ser considerada seu duplo, seu processo de auto-revisão e autotransformação, através da adoção de uma postura que propugna pela transformação social. Num momento em que não cabe falar de revolução popular, uma política emancipatória não ruptural, conduzida internamente às instituições oferecidas pelo Estado Democrático de Direito pode ser capaz de produzir micro-revoluções cotidianas.

Partindo do pressuposto de que a sociedade civil não é esfera contraposta ao Estado, mas parte dele, expressão racionalizada da eticidade que tem nele o momento de fundação, sua caracterização como novomovimento social impõe a necessidade de que os grupos progressistas busquem englobar, simultaneamente, ações estatais e não estatais, numa luta pela democratização da regulação social, da coordenação de interesses diversos, incluindo-se numa perspectiva democrática (re)distributiva.

Contemporaneamente, a fronteira entre o político e o jurídico torna-se cada vez mais fluida. Nos países de *civil law*, especialmente após o movimento neoconstitucionalista, a instituição do Estado Democrático de Direito garante espaço para as interpretações construtivistas a partir da jurisdição constitucional. Com o processo de judicialização, algumas questões de repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. O direito, seus procedimentos e instituições se expandem tanto sobre a política quanto sobre a sociabilidade.



As mudanças nas relações entre direito e política, especialmente por meio da criação jurisprudencial, são, além de inevitáveis, favoráveis ao desenvolvimento das efetivações da agenda igualitária, sem prejuízo à liberdade. A judicialização da política e da sociabilidade viabiliza o encontro da comunidade com os propósitos declarados constitucionalmente, sendo necessária, por motivos pragmáticos.

O ativismo judicial está associado a uma intensa participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Ele apresenta um caráter positivo ao atender demandas da sociedade que não foram, ou foram insuficientemente, atendidas pelas instâncias políticas tradicionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Atualidades Jurídicas (Brasília), v. 11, p. 62-106, 2011.

_____. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” **Revista Atualidades Jurídicas**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, n. 4, jan/fev, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/>>. Acesso em: 14 maio 2012.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para a sociologia do campo jurídico. In.: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. In. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CITTADINO, Giselle. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007.



EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. “Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira.” **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.7, n.12, p. 249-268, jan./jun. 2012.

MOTTA, Luiz Eduardo. “Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil.” **Revista de Ciência Política**, n. 36, jul./ago. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O’DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, 1999, p. 577-654.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro**, 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

SADEK, Maria Tereza. “Magistrados: uma imagem em movimento.” **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 38, out. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000300011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 set. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Poderá o direito ser emancipatório?” **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, Maio. 2003. p. 3-76.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. Sao Paulo: Revista dos tribunais, 1983.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck. “Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira.” **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581996000300004>. Acesso em: 2 set. 2013.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

