

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Maitê Damé Teixeira Lemos (Brasil)*

Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)**

Os fenômenos da judicialização da política e da politização do judiciário: uma abordagem a partir da relação entre direito e política¹

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o fenômeno da judicialização da Política a partir de uma abordagem histórica da relação existente entre Direito e Política. Busca-se demonstrar, nesse sentido, que a atuação do Judiciário, nesta seara, não se constitui em uma violação do princípio da separação de Poderes, mas em parte do exercício

* Doutora em Direito; pesquisadora do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Advogada. maite.dtl@hotmail.com.

** Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Capes 5). moniah@unisc.br.

¹ Este artigo é fruto das pesquisas realizadas pela primeira autora, sob a orientação da segunda, no âmbito do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional Aberta” e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa da Capes, para realização de Doutorado Sanduíche, BEX n.º 8812/13-6. Também está inserido no âmbito do projeto “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde as autoras atuam na condição de participante e de coordenadora, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

de suas próprias funções, enquanto guardião da Constituição, e que a relação entre os Poderes deve dar-se numa perspectiva cooperativa, voltada à concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: judicialização da Política; relação entre Poderes; cooperação.

ZUSAMMENFASSUNG:

Ausgehend von einer historischen Betrachtung des Verhältnisses von Recht und Politik untersucht der vorliegende Beitrag das Phänomen der Judizialisierung der Politik. Dabei soll aufgezeigt werden, dass das Vorgehen der Justiz auf diesem Gebiet keine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips darstellt, sondern Teil der Ausübung ihrer Tätigkeit als Hüterin der Verfassung ist, und dass das Verhältnis zwischen den Gewalten einer Perspektive der Kooperation unterliegen muss, deren Ziel die Umsetzung der Grundrechte ist.

Schlagwörter: Judizialisierung der Politik; Verhältnis der Gewalten zueinander; Kooperation.

ABSTRACT

This article attempts at analyzing the phenomenon of judicialization of politics based on a historical approach on the 'law-politics' relationship. In this sense, the purpose is to prove that the role of the Judiciary does not constitute a breach of the principle of separation of powers, since it is, in part, an exercise of its own functions, to the extent that it is a guardian of the Constitution, and that the relationship among the powers must occur within a cooperative framework, focused on the fulfillment of the fundamental rights.

Keywords: Judicialization of powers; relationship among powers; cooperation.

Introdução

Muito se tem referido, no cenário constitucional atual, o fenômeno da judicialização da Política, caracterizado como uma certa “invasão” da Política pelo Direito. Na maioria das vezes a controvérsia remete à questão de uma possível violação ao princípio da separação de poderes, argumento geralmente utilizado para sustentar as posições contrárias à realização dessa atuação por parte do Poder Judiciário. Essa noção precisa, contudo, ser analisada e (re)lida a partir do contexto do Estado Democrático de Direito, pois a própria noção de Estado que se tem atualmente é diferente daquela existente quando da fundação desta teoria, enquanto conformadora da lógica de funcionamento do Estado no período liberal.

A partir daí o presente artigo pretende analisar o fenômeno da judicialização da Política a partir de uma abordagem histórica da relação existente entre Direito e Política, e dos espaços de sua realização — em sua concepção tradicional — em

que os Poderes Executivo e Legislativo são compreendidos como espaços de atuação da Política, enquanto que o Judiciário é caracterizado como o espaço de atuação do Direito. Busca-se demonstrar, nesse sentido, que a atuação do Judiciário, nesta seara, não se constitui em uma violação do princípio da separação de Poderes, mas em parte do exercício de suas próprias funções enquanto guardião da Constituição, e que a relação entre os Poderes deve dar-se numa perspectiva cooperativa, voltada à concretização dos direitos fundamentais.

1. Momentos e/ou fatores que alteram a (inter)relação de coexistência, de influência e de supremacia cambiante e recíproca entre Direito e Política

A relação entre Direito e Política é complexa e é desenvolvida a partir de um processo de evidência, realce e superioridade que é variável. Existem permanentes intersecções entre estes dois âmbitos, podendo-se tratar a relação a partir da coexistência e influência recíprocas, pois, conforme se verificará, a Política cria o Direito e este limita a primeira; a Política modifica o Direito e este legitima a primeira.

A pretensão que se tem aqui é demonstrar momentos e fatos importantes que alteraram, em momentos históricos específicos, a relação entre Direito e Política, a fim de que se possa compreender mais adequadamente o fenômeno de judicialização da Política que será abordado na sequência.

Sendo assim, nas sociedades antigas (Roma e Atenas, por exemplo), o Direito, por ser considerado uma criação divina, tinha uma compreensão de imutabilidade, não podendo ser modificado, mas tão somente concretizado e complementado. Além disto, neste período a autoridade soberana tinha origem divina, havendo uma confusão – necessária – entre o poder político e o religioso, de forma a alcançar a obediência do homem. Assim, a lei (o Direito) era criação divina.²

Com isto, a primeira relação estabelecida foi de vinculação da Política ao Direito, pois a função dela era a imposição do Direito e, para tanto, era munida de poder. O Direito, então, só poderia ser aplicado por quem tivesse conhecimento e virtude, pois considerado como algo sagrado, passado hereditariamente de Pai para Filho.³ Considerando-se a inexistência de diferenciações funcionais das sociedades mais antigas, que se dividiam em pequenas áreas, quase sem mobilidade, difícil se entender a existência da Política. Os poucos direitos políticos existentes eram titularizados por grupos determinados, fazendo parte de um *status* social. Ademais, como a evolução das sociedades pré-modernas era muito lenta, não havia necessidade de

² Numa Denis Fustel de Coulanges, “A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma”, Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella, 2, ed, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011.

³ *Id.*, p. 244-245

modificação do Direito para acompanhá-las, bastando a concretização e complementação do mesmo, carecendo, portanto, de decisão política.⁴

Contudo, apesar de ter durado muitos séculos, esta relação entre Direito e Política, com a vinculação desta última ao primeiro, mudanças sociais passaram a ocorrer e o Direito vigente não mais correspondia à realidade vivida. Apesar do transcurso do tempo e das modificações sociais, não houve “uma renúncia à convicção fundamental da origem divina e à imutabilidade da ordem jurídica nela baseada”⁵ O problema é que esta perda da capacidade de obrigar exercida pelo Direito é reflexo da descrença na religião (ou na perda de sua força vinculante). Assim, algumas leis passaram a ser criadas pelo homem, mas sem deixar de estarem vinculadas a uma lei superior, divina.⁶

Exemplos dessas mudanças (que alteraram, gradualmente, a concepção de Direito imutável) foram, na Grécia, o Código de Sólon (século VI a.C.), e, em Roma, a Lei das XII Tábuas (século V a.C.). Desse modo, a lei não é mais uma criação sagrada, passando a ser criada pelo homem. Mais do que isto: não é mais propriedade da religião, passando a ser propriedade comum de todos os homens.⁷

Com o surgimento de novas crenças, de um pensamento mais mundano e intelectual, com o cristianismo e sua aspiração à universalidade (os homens sendo vistos como iguais), por sua vez acaba por ocorrer uma mudança na natureza do Direito. Diante dessas e de outras mudanças sociais, religiosas e jurídicas passou-se a observar o aparecimento de dois poderes (ou dois direitos): o poder espiritual (proveniente do cristianismo) e o poder temporal (criado pelo homem).⁸ O cristianismo consegue estabelecer, com isto, a separação entre Deus e Estado. Por consequência disto há uma liberação da Política das regras religiosas e o Direito se torna independente, passando a buscar regras na natureza e na consciência do homem, de forma que teve condições de se desenvolver, de melhorar, de atender às necessidades sociais, adaptando-se aos interesses e ao progresso.⁹ Some-se a isto a questão da crise religiosa, vivenciada pela Igreja Católica, associada ao cisma religioso promovido pela Reforma Protestante, contexto em que a fé religiosa é colocada em xeque, não havendo certeza sobre o conteúdo da vontade de Deus.¹⁰

Como forma de superação da crise grandes mudanças jurídicas se fazem necessárias, estabelecendo-se, então, a noção de soberania dos Estados Nacionais, que surgem como uma “terceira via” em meio a uma fé religiosa fragmentada, apresen-

⁴ Dieter Grimm, “Constituição e política”, Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 5.

⁵ *Id.*, p.6

⁶ Numa Denis Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 515.

⁷ *Id.*, pp. 411-421.

⁸ Rogério Gesta Leal, “Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 46.

⁹ Numa Denis Fustel de Coulanges, *op. cit.*, pp. 520-522

¹⁰ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 6.

tando-se como uma alternativa de poder totalizante, capaz de promover a unificação que a Religião não era mais capaz de propiciar. Logo, o Estado é dotado de um poder legiferante,¹¹ advindo, daí, um processo de politização do Direito, cujo conteúdo é determinado pela vontade do rei.

Essa característica da soberania marca um novo modelo de Estado: o Moderno, que tem como sua primeira formação o Estado Absolutista, caracterizado pelo monopólio do poder político e da força, personificados na figura do Rei, que representa uma instância superior, dotada de soberania, não reconhecendo nenhuma outra autoridade, nem interna nem externamente.¹² O Estado, através do Monarca, passou a titularizar o poder de criação das leis e, com isto, houve uma alteração na relação entre Direito e Política: a Política passa a estar acima do Direito, conferindo-lhe conteúdo e validade.¹³ Com isto, inverte-se a proeminência até então existente.

Este modelo de Estado, em que o soberano concentrava todos os poderes em suas mãos, com o passar do tempo, passou a desagradar uma categoria social em ascendência: a burguesia. O poder político passou a ser disputado por vários setores sociais que, organizados, fizeram eclodir as Revoluções Liberais.¹⁴ Essas Revoluções visavam a limitação do poder do soberano, contexto em que a noção de legalidade passa a surgir vinculada à noção de soberania da lei, em substituição à soberania do rei¹⁵.

A essa nova formatação se dá o nome de Estado de Direito, marcado pelo império da lei e da Constituição, que visa a eliminação da arbitrariedade pública e privada, garantindo o respeito à lei e envolvendo, inclusive, uma modificação: uma inversão na relação entre poder e Direito.¹⁶ Com isso, a Política passa a ser limitada pelo direito constitucional e a submeter-se às suas condições (ideia de legalidade e de constitucionalidade da atuação).¹⁷ Mas a Constituição não elimina a Política, pois ela concede validade e efetividade às normas jurídicas, ao mesmo tempo em que o Direito lhe confere legitimidade. A Constituição pode ser alterada pela Política,

¹¹ Daniel Giotti de Paula, “Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política”, Em: Fellet, A. L. F.; Paula, D. G.; Novelino, M. (Org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011, p. 297.

¹² Nicola Mateucci, “Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno”, Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira, *Madri, Trotta, 1988, p. 29.*

¹³ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴ L. L. Streck; J. L. B. Morais, “*Ciência política e teoria do estado*”, 5, ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 51-54.

¹⁵ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, “El derecho, la Ley y el Juez”, *Dos estudios*, Madri, Cuadernos Civitas, 1997, pp. 38-39

¹⁶ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*”, Tradução de Marina Gacón, 5, ed, Madri, Trotta, 2002, p. 21-23.

¹⁷ Dieter Grimm, *op. cit.*, pp. 9-10.

porém isto ocorre através de procedimento pré-estabelecido, de maneira que são postos limites e condições para as decisões políticas.¹⁸

O Estado Liberal acabou, contudo, por causar uma série de prejuízos e desigualdades sociais. Com isto, em meados do século XX se inicia-se processo de transformação do modelo estatal, que precisa assumir uma postura mais ativa, responsabilizando-se por assegurar condições mínimas de direitos sociais e prestacionais. Com isto, as Constituições também se modificam e passam a ter conteúdo – e adotar um papel – mais amplo: abarcam as (inter)relações entre Estado, sociedade e indivíduo. A Constituição, a qual no Estado Liberal era eminentemente jurídica (isto é, voltada à organização do Estado), passa a ter, por isso, um caráter político. Com isto, a Política se insere no Direito. Isto ocorre em razão da atuação positiva atribuída ao Estado em face dos direitos sociais, de modo que a decisão acerca de sua realização se insere na esfera da Política. Não se pode olvidar que estes dispositivos sociais contidos nas Constituições não são propriamente dotados de normatividade (normas programáticas), sendo as “tarefas” de concretização destes direitos, essencialmente, tarefas “políticas”, inseridas na esfera de discricionariedade dos Poderes Políticos.¹⁹

Em razão da necessidade de se valorizarem os direitos violados no período da Segunda Guerra Mundial, contudo, apesar de não ter havido transformações estatais e/ou sociais de grande significado, estabeleceu-se um *plus normativo*, com o crescimento do rol de direitos previsto nas Constituições.²⁰ Este instrumento jurídico passa a ser a fonte de valorização e garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana, expressão dos valores supremos eleitos pela sociedade.²¹ Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ser protegidos, não por questões de convicção, mas em razão de serem considerados como trunfos contra as decisões políticas. A partir daí, para não deixar a tarefa de concretizar a Constituição nas mãos da discricionariedade legislativa, a teoria da Constituição acaba por deixar nas mãos do Judiciário a decisão sobre essas questões constitucionais,

[...] especialmente porque o ponto central e nuclear desta nova ordem jurídica reside na concretização desses direitos, fazendo com que o papel dos órgãos jurisdicionais de controle de constitucionalidade passe a ser fundamental, ou seja, a Constituição passa a depender, essencialmente, de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto.²²

¹⁸ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹ Mauro Cappelletti, “*Juízes legisladores?*”, Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 46.

²⁰ Lênio Luiz Streck, “*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito?*”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 19.

²¹ Mônia Clarissa Hennig Leal, “*A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira?*”, Barueri, SP, Manole, 2003, pp. 23.24.

²² *Id.* p. 40

Com isto, a tensão entre os poderes volta-se para o Judiciário e para os procedimentos judiciais, já que, tanto no âmbito político, quanto no âmbito jurídico, este se torna um Poder com maior presença, em razão da proteção e garantia dos direitos fundamentais, constatando-se, a partir daí, que a dicotomia Direito e Política não pode ser suprimida. No nível da legislação, Direito e Política são inseparáveis:²³ a Política fornece ao Direito o norte para a decisão, bem como os instrumentos e formas de coerção para que a Justiça possa ser ativada, ou seja: a produção da lei e o monopólio legítimo da força e da coerção, respectivamente.²⁴ Com isto, pode-se dizer que a primeira relação entre Direito e Política é a de subordinação, uma vez que esta última fica subordinada à lei (Direito) que ela própria (Política) criou, de forma que o “Direito é, na verdade, um dos principais produtos da Política”.²⁵ Ademais, ambos estão vinculados à lei e derivam da Constituição, que é responsável por instituir os Poderes (tanto políticos quanto jurídicos) e distribuir-lhes as competências.²⁶

É preciso que se perceba que o Estado, enquanto detentor do monopólio da violência simbólica, é responsável pela imposição da aplicação do Direito. Mas o que vem a justificar esta atuação do poder político é justamente o Direito, que lhe dá a legitimidade de atuação. Neste sentido, o poder político é um poder legítimo, pois fundamentado em um justo título, ou seja: autorizado por uma norma (ou conjunto de normas) que estabelece quem “tem o direito de comandar e de ter seus comandos obedecidos”.²⁷ Esta transformação do poder político em poder legítimo, dada pelo Direito, ocorre em razão do desenvolvimento das atividades dentro dos limites legais, ou seja: deve-se perceber que o Direito, enquanto fundamentador e legitimador do exercício da função política, também limita sua atuação, tornando-a legal, isto é: a Política deve exercer suas funções dentro do limite do Direito.

Então, a discussão sobre a relação entre Direito e Política deve ser percebida, não sob a ótica do afastamento, mas na perspectiva de uma interrelação, de forma que haja uma adaptação desses dois campos por meio da divisão e compartilhamento de tarefas, e da delegação de competências, a fim de atender as complexas exigências sociais.²⁸ Mais do que isso, é sadio para a própria manutenção da democracia que haja uma discussão mais ampla das questões de natureza política. Sendo assim, quanto mais atores sociais participarem da discussão – sociedade, políticos e mes-

²³ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 11.

²⁴ Celso Fernandes Campilongo, “*Política, sistema jurídico e decisão judicial*”, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 93.

²⁵ Luís Roberto Barroso, “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, Em: Fellet, A. L. F.; Paula D. G.; Novelino, M. (Org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011, p. 239.

²⁶ Id. p. 241

²⁷ Norberto Bobbio, “*Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*”, Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 235.

²⁸ Günther Frankenberg, “*A gramática da Constituição e do Direito*”, Tradução de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 29

mo o Poder Judiciário –, melhor e mais representativa dos interesses da sociedade será a atuação política.

Se no nível da legislação Direito e Política são inseparáveis, no âmbito da aplicação do Direito esta separação, contudo, é possível e desejada, a fim de se evitar a ingerência do poder político sobre a jurisdição.²⁹ Embora a criação do Direito ocorra através da Política, a interpretação e aplicação do Direito faz parte das atividades jurídicas. Esta separação, no âmbito da aplicação, só passou a ocorrer com o Estado de Direito – pois no Estado Absolutista o monarca concentrava todas as atividades: criação e aplicação da lei, julgamento de conflitos, etc. – e, de certa forma, é representada, no âmbito do direito constitucional, pelo princípio da independência do Judiciário.³⁰ Essa separação é importante. Se de um lado a Política se vincula às noções de soberania, princípio majoritário e escolhas públicas, de outro o Direito se vincula à lei e ao respeito aos direitos fundamentais.³¹ Esta separação permite, principalmente, que haja uma atuação jurisdicional sem influências políticas e isto se reflete em uma separação institucional.³²

Mas esta relação também se reveste de interdependência. Conforme salienta Campilongo,³³ essa interdependência deve ser percebida não apenas como dependência recíproca, mas como dupla interdependência, pois, como afirma Häberle,³⁴ não há uma contraposição entre esses elementos no Estado Democrático de Direito, pois são aspectos parciais, funções parciais da coisa pública em seu conjunto. Isto porque,

[...] no plano das premissas decisórias, o sistema político controla a introdução de leis no sistema jurídico. Ainda nesse plano, o sistema jurídico recebe essas premissas (leis), que são fundamentais para a legitimação de seu agir e, por outro lado, implementa judicialmente os programas fiados pelo sistema político. Noutra nível, isto é, no plano das decisões judiciais propriamente ditas, o sistema jurídico toma decisões que vinculam também o sistema político e que por este podem ser implementadas em termos de uso da força física.³⁵ (Campilongo, 2002, p. 94).

Verifica-se, então, que essa relação entre Direito e Política é necessária, de forma que não há como se imaginar um Judiciário “apolítico”, embora não se admita

²⁹ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 240.

³⁰ Dieter Grimm, *op. cit.*, pp. 12-13.

³¹ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 239.

³² Dieter Grimm, *op. cit.*, pp. 13-14.

³³ Celso Fernandes Campilongo, *op. cit.*, p. 94.

³⁴ Peter Häberle, “El tribunal constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 125, p. 9-37, jul./set. 2004, p. 17.

³⁵ Celso Fernandes Campilongo, *op. cit.*, p. 94.

filiação ou atuação político-partidária por parte dos juízes. Trata-se da politização da função jurisdiccional, de forma que “toda aplicación, toda interpretación de las leyes suponen implícitamente, por el grado de apertura que la relativa densidad de las normas permite, una elección que es política *lato sensu* entendida”.³⁶ Mas esta decisão é, sobretudo, jurisdiccional e, portanto, deve possuir fundamento jurídico, e não político. A fronteira entre o Direito e a Política está, pois, no nível de fundamentação da decisão.³⁷

Pode-se, assim, perceber que não é possível uma separação clara entre Direito e Política. Existe uma permanente (inter)relação entre esses dois âmbitos, que, conforme o momento histórico ou fatores importantes, se modifica, ora com a supremacia de um, ora com a de outro, ora com interdependência de ambos.

2. Os Poderes do Estado e suas funções: a Política como locus do Legislativo e do Executivo, e o Direito como locus do Judiciário?

Entre Direito e Política existe uma separação institucional, com formas de atuação diferentes, o que conduz a uma pouca comunicação entre estes sistemas. Neste sentido, entende-se que para se alcançar uma maior efetividade na relação entre os Poderes deve haver um compartilhamento e uma cooperação no exercício das atividades e funções do Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa lógica de cooperação é uma visão contemporânea, que combina com o modelo de Estado Democrático. Contudo, o “modelo” de especialização de funções entre os três Poderes tem sua afirmação na época do Estado Liberal, onde vigorava o princípio da separação (ou divisão) de poderes. Neste contexto, o desempenho das funções estatais ocorria através de órgãos distintos, objetivando não concentrar o poder nas mãos de um único órgão ou pessoa.³⁸

A construção teórica desta concepção remonta a Montesquieu,³⁹ para quem cada poder seria exercido por um órgão com a função de desenvolver suas atividades de forma autônoma e independente. Então, um poder não pode intervir na esfera

³⁶ Gregorio Cámara Villar, “Justicia y política en la España democrática: una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política”, *Revista de Derecho Político*, Madri, UNED, núm. 7, p. 27-52, 2000, p. 40.

³⁷ *Id.*, p. 41.

³⁸ Juan Francisco Sánchez Barrilao, “Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos”, Madri, Civitas, 2002, p. 31

³⁹ No caso do Brasil, esta teoria se encontra inscrita no artigo 2.º da Constituição Federal, prevendo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>).

reservada ao outro, de forma que a separação dos poderes é a garantia da liberdade política.⁴⁰

A partir daí, houve a divisão do poder em três órgãos distintos, autônomos e independentes: Legislativo, com a função de determinar as escolhas públicas, criação e modificação de leis, além de controle político e orçamentário do Executivo; Executivo, com a função administrativa, de chefia de Estado e governo, além da de satisfazer as necessidades coletivas e de prestação de serviços; e Judiciário, com a função de declaração do Direito e de decisão das demandas. Canotilho⁴¹ refere que a atribuição de funções a órgãos distintos exige uma ordenação de competências funcionalmente orientadas, onde a Política, relacionada com a representatividade popular, é exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo, ao passo que o Direito, com funções técnicas e jurídicas, é exercido, exclusivamente, pelo Judiciário. Isto é necessário para que um Poder não interfira nos demais nem os domine.

Considerando-se estas funções, como ao Judiciário caberia a função de julgamento de controvérsias e de aplicação de punição aos praticantes de delitos, este Poder deveria ser “apolítico” e sujeito à lei,⁴² ou seja, estar separado dos demais e sem influências, não tendo, portanto, qualquer poder de interpretação ou de criação do Direito.⁴³

Tem-se, por sua vez, que a teoria da separação de poderes está associada ao liberalismo e, em razão do atual modelo de Estado – Democrático de Direito –, não se pode pretender interpretá-la tal como originariamente foi criada. Embora atualmente se perceba um certo protagonismo judicial,⁴⁴ é preciso perceber-se que a relação entre os Poderes e as demandas em relação à sua atuação se modificaram ao longo do tempo. Em realidade, o princípio da separação dos poderes jamais foi concebido como uma estrita separação, especialmente pela existência do controle recíproco (freios e contrapesos). Deve-se ter em mente que a expressão divisão significa não confusão de Poderes, ainda que se perceba que eles têm assumido, cada vez mais, outras funções que não aquelas que lhes são típicas.⁴⁵

⁴⁰ Charles de Secondat Montesquieu, “*O Espírito das Leis*”, Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 168.

⁴¹ José Joaquim Gomes Canotilho, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 4, ed, Coimbra, Almedina, 2000, p. 542

⁴² Juan Francisco Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 39.

⁴³ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, p. 43

⁴⁴ Tome-se como exemplo os fatos jurídico-políticos ocorridos nos últimos meses no Brasil, onde, nas investigações da “operação lava-jato”, tem-se percebido que o Judiciário está ultrapassando os poderes que a Constituição Federal lhe conferiu, relativizando a presunção de inocência, determinando a condução coercitiva de investigados, etc. Embora se compreenda que é necessário um efetivo combate à corrupção na política, percebe-se um excessivo esvaziamento dos direitos individuais em nome, teoricamente, do alcance deste objetivo.

⁴⁵ Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 108, pp. 41-75, abr./jun. 2000, p. 60.

Isto porque a noção de Estado se modificou. Com a supremacia dos direitos fundamentais na ordem jurídica, todos os Poderes (e cada um deles) estão vinculados a esses direitos, tendo o dever de protegê-los e concretizá-los, especialmente pelo fato de que surge uma justiça constitucional com o dever de garantir a normatividade desses direitos e da Constituição, o que faz com que surja a necessidade de uma nova forma de se interpretar a divisão de poderes e o próprio Poder Judiciário.⁴⁶ Assim, pode-se dizer que, atualmente, a separação dos Poderes, em razão de uma série de complexidades sociais que levaram à modificação das clássicas funções por eles exercidas, se apresenta de forma diferente, ao ponto de se afirmar que as ideias de cooperação e de interdependência são, hoje, irrefutáveis.⁴⁷ Ferrajoli⁴⁸ e Garín⁴⁹ possuem o mesmo posicionamento, entendendo que a forma clássica da teoria da separação de poderes é inadequada para as complexidades atuais. Assim, entende-se necessário o avanço no sentido da cooperação, em que os Poderes, além da função de *check and balances*, devem colaborar e cooperar entre si, objetivando a garantia dos direitos dos indivíduos e o cumprimento das funções designadas pela Constituição.⁵⁰

A ideia é que, a partir da teoria original, se tenha uma nova forma de interpretar a relação entre os Poderes, bem como as acepções de harmonia e de independência, ou seja: que se perceba estes conceitos a partir de uma lógica de cooperação, de compartilhamento de funções, onde cada Poder – de forma isolada, na execução de suas competências, e em conjunto – é responsável por consolidar os ditames constitucionais, especialmente a realização dos direitos fundamentais.

Com isto, “un Poder puede ejercer en determinadas parcelas funciones de los otros, pero sin que llegue a desnaturalizar la función propia de cada uno”, pois a cada “Poder se reserva la esencia o núcleo de su concreta y prevalente función”.⁵¹

É preciso ter-se em conta que essa relação se torna mais evidente na jurisdição constitucional, em razão da interpretação de normas constitucionais de caráter mais aberto e principiológico, além de que o seu objeto é a própria Política,⁵² já que a Constituição possui uma dimensão notadamente política. Assim, a “política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado”, de forma que os “domínios da política passam a sofrer limites, mas

⁴⁶ Juan Francisco Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁷ Javier García Roca, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v, 6, núm. 1, p. 337-343, 2008, p. 340.

⁴⁹ Andrea Lucas Garín “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v. 7, núm. 2, p. 241-253, 2009, p. 243.

⁵⁰ Andrea Lucas Garín, *id.*, p. 244.

⁵¹ Juan Francisco Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 45.

⁵² Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 16.

também imposições, por meio de um projeto material vinculativo”,⁵³ operando-se, então, um “deslocamento” do polo de tensão entre Direito e Política para o Judiciário.

O que se percebe, então, é que, nestes casos, o Judiciário acaba por tomar decisões com repercussões políticas, porém com base em fundamentos jurídicos. E é neste aspecto que reside a grande controvérsia da atuação jurisdicional, que estaria violando a configuração tradicional do princípio da separação de Poderes, onde ao Judiciário não caberiam decisões políticas, que competiriam aos Poderes tradicionalmente tidos como políticos: Executivo e Legislativo.

De tudo isto, o que se percebe, contudo, é que a relação entre Direito e Política (bem como entre os Poderes que atuam nestas searas) não pode ser de afastamento ou de separação, mas de interdependência e cooperação permanentes. Deve haver uma intensificação desta relação, cuja aproximação tem como um dos fatores preponderantes a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Isto porque, quando os Poderes Públicos (âmbito da Política) não se concretizam ou quando sua atuação é ineficiente, o Judiciário (âmbito do Direito) acaba por intervir a fim de preservar os direitos fundamentais e a própria Constituição. Assim é que, na sequência, passa-se a abordar o fenômeno da judicialização da política, buscando-se demonstrar que não se trata de uma “invasão” do Judiciário nas funções dos demais Poderes, mas de algo que faz parte do cumprimento das suas funções, ou seja: garantir e dar vida à Constituição.

3. Judicialização da Política e a politização do Judiciário: (inter)relação entre Direito e Política?

No contexto dessas transformações na atuação do Judiciário e das respectivas discussões acerca da legitimidade de sua atuação, é frequente o uso de expressões como “judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial”, muitas vezes tomadas como sinônimos, ainda que não o sejam, fazendo-se necessária, assim, primeiramente, uma diferenciação entre os termos.

O termo judicialização da política é utilizado para os casos em que questões de grande repercussão, de ordem política ou social, passam a ser decididas pelo Judiciário, de forma que sua atuação afeta os Poderes políticos. Este processo é consequência de alguns fatores e elementos: o processo de redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o alargamento das funções jurisdicionais; o processo de constitucionalização abrangente, com a previsão de conteúdos que antes eram reservados ao âmbito político, como, por exemplo, os direitos fundamentais, que vinculam não só os particulares, mas também os Pode-

⁵³ Flávia Piovesan, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas”, em Canotilho, J. J. G.; Correia, M. O. G.; Correia, E. P. B., *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 56.

res Públicos; e, por fim, o sistema de controle de constitucionalidade que, no caso brasileiro, ocorre tanto no âmbito abstrato quanto no âmbito difuso, fazendo com que as leis políticas sejam controladas pelo Judiciário.⁵⁴

Com isso, na concepção contemporânea do direito constitucional, uma vez mais fica evidente que a relação entre Direito e Política é de aproximação e de complementariedade, já que o Judiciário, enquanto guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, acaba por intervir na esfera Política,⁵⁵ e a judicialização da política visa a garantia desses direitos quando os Poderes Públicos não cumprem adequadamente com sua função.

Muitas críticas advêm desta atuação mais proativa, sendo a mais recorrente delas a falta de legitimidade do Judiciário para as questões políticas. Em texto que aborda a atuação dos juízes no âmbito da democracia espanhola, Enterría e Menéndez⁵⁶ afirmam que as decisões normativas e de organização do sistema devem ser exercidas pelo legislador, de forma indeclinável, já que é este Poder (o Legislativo) que representa a vontade popular. Segundo os autores, a alternativa reside sempre na vinculação à lei e à Constituição e, neste caso, o papel – mais realçado – do juiz deve seguir sendo o de um “servidor da Constituição”.⁵⁷ Com isso, a legitimidade do Judiciário se encontraria na própria Constituição.

É preciso ter-se presente, contudo, que a atuação jurisdicional possui uma função contramajoritária, permitindo que aqueles que não possuem representação política possam ter acesso a seus direitos e garantia deles. Assim, uma das causas da judicialização reside, justamente, na questão dos direitos fundamentais, pois, em razão da falta de legislação para determinadas situações, muitas vezes se recorre ao Judiciário buscando-se a sua aplicação direta e efetividade no caso concreto.⁵⁸ Como exemplo, pode-se citar a questão dos pedidos de reconhecimento de uniões homoafetivas, baseadas no princípio/direito fundamental à igualdade.

Por certo que não se pretende constituir o Judiciário como um poder absoluto e superior aos demais. Entretanto, também não se pode conceber que, em razão de

⁵⁴ Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente ‘un activismo’ o ‘el activismo?’”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012, pp. 434-437.

⁵⁵ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁶ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, pp. 54-57

⁵⁷ Deve-se destacar, a título de contraponto, que Böckenförde afirma que o Judiciário (no caso, os Tribunais Constitucionais) pode ter sua função de “guardião da Constituição” transformada em “senhor da Constituição” pelo fato de que, em última instância, ele próprio é que define o que é e o que não é constitucional, onde o Judiciário (ou Tribunal) “busca, em sua própria leitura e compreensão acerca do texto constitucional, a base para suas interpretações e aplicações com relação ao mesmo” (Mônia Clarissa Hennig Leal, “*Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*”, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007, p. 101).

⁵⁸ Mônia Clarissa Hennig Leal, *op. cit.* p. 58.

uma opção política, a democracia seja reduzida a despotismo eletivo⁵⁹ e, em decorrência, direitos constitucionalmente previstos sejam violados e/ou não concretizados. Nesse sentido, pode-se falar, conforme Ruiz,⁶⁰ que essa criatividade por parte do Judiciário, bem como o papel político que possui, é uma derivação de um processo de delegação direta ou indireta dos representantes da comunidade política, pois a atuação da jurisdição se dá quando o legislador cria uma lei lacunosa ou quando não cria leis, deixando determinada demanda sem disciplina legal.

Além disso, em razão da complexidade da sociedade, a criação de normas tem tomado o caminho de uma normatividade mais aberta, principiológica, de forma a “prescrever às instâncias aplicadoras do direito, no modo de um programa final, o objetivo de sua atividade e citar vários aspectos que devem ser considerados na perseguição do objetivo”.⁶¹ A relação Direito e Política acaba, por sua vez, sofrendo os influxos desta situação, porquanto a instância de aplicação do Direito se torna, também, responsável por sua criação:

A tarefa política da decisão programadora passa para instâncias que devem tomar decisões programadas e que somente para tanto estão legitimadas e aparelhadas. Isso não atinge apenas a vinculação legal da administração. Onde faltam critérios legais que determinem a conduta dos destinatários da norma de forma suficiente, a jurisdição também não pode fiscalizar se os destinatários se comportaram legalmente ou não. Porém, se ela aceitar sua missão de fiscalização, ela não vai mais utilizar critérios preestabelecidos, mas impor suas próprias noções de exatidão. Dessa maneira, ela se transforma, em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde ela não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível de aplicação do direito, paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais de direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.⁶²

Deve-se observar, contudo, que esta atuação do Judiciário não ocorre de ofício, mas mediante provocação, do que resulta que ela é resultante, em certa medida, do próprio modelo de Estado Democrático. Tal aspecto não pode, contudo, ser confundido com a forma como este Poder decide sobre estas questões políticas, pois a

⁵⁹ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, p. 58

⁶⁰ Juan Cámara Ruiz, “Judicialización y activismo judicial en España”, em: Leal, R.G.; Leal, M.C.H. (Org), *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 93.

⁶¹ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 19.

⁶² Dieter Grimm, *id.* pp. 19-20.

atuação jurisdicional não pode se valer dos princípios constitucionais no sentido de usá-los como forma de exceção ou de ruptura do sistema normativo.⁶³

De fato, a judicialização é um fenômeno derivado de situações e características externas, do próprio ordenamento jurídico, quando o legislador cria um espaço maior para atuação do Judiciário, como, por exemplo, no aumento das ações constitucionais e no aumento dos legitimados ativos para propô-las. Essa atuação do Legislativo acaba por levar ao incremento da atividade jurisdicional, mas que se relaciona a fatores externos como a constitucionalização do direito, os direitos fundamentais, o caráter principiológico da Constituição, etc. Deve-se sempre ter em mente que não foi o Judiciário quem incluiu os direitos fundamentais na Constituição Federal, dotados de um caráter principiológico e necessitando de uma interpretação diferenciada (não se pode olvidar que há uma grande parcela de “culpa” da teoria constitucional e da dogmática dos direitos fundamentais neste processo), de forma que se entende que muitas críticas formuladas ao Judiciário na sua atuação proativa não merecem prosperar, em razão de que, na maioria das vezes, a atuação de forma mais ativa se dá em razão de cumprir suas funções constitucionais.

O problema maior que se enfrenta na atualidade, quando se fala em judicialização, é o fato de que essa atuação do Judiciário na Política é associada, muitas vezes (e erroneamente), ao chamado ativismo judicial,⁶⁴ que (ao contrário da judicialização, que se vincula a um fator externo ao Judiciário) está relacionado a uma perspectiva interna, “vinculada a la actuación del Poder Judicial en el desempeño de sus competencias, [...] siendo identificado, la mayoría de las veces, con una postura proactiva del juzgador”.⁶⁵ Trata-se, pois, de uma “escolha” (não necessariamente consciente) do Judiciário, ou seja: uma atitude, uma forma de interpretar a Constituição de forma mais ativa do que deveria o ser (limitando-se em dar sentido à Constituição), interferindo em um espaço de atuação que não lhe compete. O ativismo pode, ainda, ser compreendido como uma atuação do Judiciário, visando a concretização da Constituição, que interfere nos demais poderes e, o seu oposto, um Judiciário que se autocontém (*self restraint*), isto é: uma conduta que evita interferir na seara dos demais poderes.⁶⁶

⁶³ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁴ Segundo Mark Tushnet (2007, p. 415), o ativismo tem uma origem jurisprudencial, na jurisdição norte-americana, como uma qualificação trazida para a Suprema Corte americana na época em que foi presidida pelo juiz Earl Warren, entre 1954 e 1969, por ter havido uma grande mudança de perspectiva dentro da Corte.

⁶⁵ Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente ‘un activismo’ o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012, p. 438.

⁶⁶ Luís Roberto Barroso, “Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, núm. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>.

Mas não se pode ver o ativismo como algo ruim.⁶⁷ Há casos em que uma postura proativa do Judiciário é necessária à garantia de direitos que não estão sendo “cuidados” pelos demais poderes. Nesse sentido, há quem veja o ativismo judicial como algo bom e necessário no Brasil. Um ativismo que esteja baseado e vinculado “às diretrizes materiais da Constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal”.⁶⁸ O que é maléfico é um ativismo desmedido, sem qualquer limitação, quando o juiz passa a assumir as funções dos demais poderes, ainda que estes as estejam executando dentro da legalidade. O que extrapola a função do Judiciário e acaba sendo um ativismo ruim, portanto, são as decisões judiciais sem fundamento jurídico-racional. Assim, a legitimidade da jurisdição constitucional para uma atuação mais ativa está na necessidade de uma decisão racionalmente fundamentada na Constituição, o que, contudo, não pode se transformar em uma possibilidade de o Judiciário assumir uma função de “superpoder”.

O problema se encontra na definição de quando há ativismo judicial e quando não há. Deve-se destacar que não há uma “fórmula mágica” para definir o que é (ou o que não é) ativismo judicial, e esse termo não é fácil de ser definido, visto que se trata de um passo adiante à judicialização, pois, enquanto esta se deve a fatores externos, o ativismo se relaciona com a atuação, com fatores internos do Judiciário. Há, tão logo, uma ambiguidade permanente com relação à utilização desse termo, já que, ao mesmo tempo em que há quem entenda que um Judiciário ativista é aquele cujas decisões são contrárias às decisões dos poderes Executivo e Legislativo, outros entendem que ativista é o Judiciário que decide de forma contrária ao sentido dado e planejado pelo texto constitucional.⁶⁹ Assim, de uma forma geral, entende-se que o ativismo se relaciona com decisões expansivas.⁷⁰ Mas não existem parâmetros para medir quando uma decisão expansiva é ativista ou não. De qualquer forma, entende-se que, sendo ou não ativista o Judiciário brasileiro, o que se tem verificado é que, de uma forma ou de outra, há o cumprimento de um papel constitucional, de defesa do Estado, da democracia e dos direitos fundamentais.

Assim, se a separação de funções é essencial para a administração do Estado Democrático de Direito, também não se pode negar que a atuação do Judiciário no âmbito de questões de natureza política ocorre, na maioria das vezes, com o fim de proteger, garantir ou concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Com isso, o que se pretende dizer é que o Judiciário não está definindo suas

⁶⁷ Elival da Silva Ramos, “*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*”, São Paulo, Saraiva, 2010.

⁶⁸ Andreas J. Krell, “Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado””, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 97.

⁶⁹ Daniel Giotti de Paula, p. 285 et ss.

⁷⁰ Mark Tushnet, “The United States of America”, em: Brice Dickinson, *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2007, p. 415

regras decisórias, mas cumprindo com uma função prevista na própria Constituição (criada pela Política).

Em tal caso, é preciso ter-se presente que o Judiciário não é mais somente uma instância que soluciona conflitos. Ele tem, igualmente, a função precípua de fiscalizar a constitucionalidade e a legalidade das ações dos poderes públicos, de garantia da Constituição e dos direitos fundamentais. Desse modo, para que exista uma eficiência na atuação do Estado na proteção desses direitos, deverá haver uma atividade cooperada entre os Poderes, de forma que haja um compartilhamento de funções entre eles. Consequentemente, a discussão sobre a relação entre Direito e Política deve ser percebida não tanto apenas a partir do viés da separação, mas também da colaboração.

Nesse sentido, entende-se que o princípio da separação dos poderes não pode mais ser visto como um fim em si mesmo, mas como um “instrumento que visa dar efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”⁷¹

4. Conclusão

A teoria da separação de poderes foi criada em uma perspectiva liberal, de forma que não há como se preservar em sua formulação originária. A complexificação das relações sociais demanda uma nova ótica da relação entre os Poderes, onde cada um deve, além de limitar os excessos do outro, colaborar e cooperar com os demais, de forma que os direitos dos indivíduos estejam sempre plenamente garantidos. Assim, não se defendeu a extinção da separação de poderes, mas, ao contrário, sua manutenção, no sentido de não haver a concentração de funções em um só poder, mas onde exista, entre Executivo, Legislativo e Judiciário, uma comunicação, integração e complementariedade que traga maior efetividade no exercício de suas próprias funções. Neste sentido, a teoria da separação de poderes deve ser percebida como uma forma de realização dos direitos, e não como um obstáculo à sua concretização, para o que deve dar-se numa perspectiva cooperativa, e não de exclusão ou afastamento.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES, *Política*, Tradução de Pedro Constantín Tolens, 5, ed, São Paulo, Martin Claret, 2010.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madri, Civitas, 2002.

⁷¹ Américo Bedê Freire Júnior, “O controle judicial de políticas públicas”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

- BARROSO, Luís Roberto, “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, em FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (orgs.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011.
- _____, “Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, núm. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo, Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4, ed, Coimbra, Almedina, 2000.
- CAPPELETTI, Mauro, *Juízes legisladores?*, Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de, *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella, 2, ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, Tradução de Luís Carlos Borges, 2, ed, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; Aurelio Menéndez MENÉNDEZ, “El derecho, la Ley y el Juez”, *Dos estudios*, Madri, Cuadernos Civitas, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v, 6, núm. 1, p. 337-343, 2008.
- FRANKENBERG, Günther, *A gramática da Constituição e do Direito*, Tradução de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, “O controle judicial de políticas públicas”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005.
- GARÍN, Andrea Lucas, “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v, 7, núm. 2, p. 241-253, 2009.
- GRIMM, Dieter, *Constituição e política*, Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- GUARNIERI, Carlo; Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política, Poder judicial y democracia*. Tradução de Miguel Ángel Ruiz de Azua, Madri, Taurus, 1999.
- HÄBERLE, Peter, “El tribunal constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 125, p. 9-37, jul./set. 2004.

- _____, *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Tradução de Emilio Mikunda, Madri, Tecnos, 2000.
- KRELL, Andreas J, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*, Barueri, SP, Manole, 2003.
- _____, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- _____, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente “un activismo” o “el” activismo?”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012.
- _____, “Pré-compreensão e pós-compreensão: uma análise de sua função na interpretação da constituição aberta”, em: LEAL, R. G.; REIS, J. R, *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, p. 1347-1381, t. 5, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, Tradução de Alex Marins, São Paulo, Martin Claret, 2002. (1.ª reimpressão – 2010)
- MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno*, Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martinez Neira, Madri, Trotta, 1988.
- MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *O Espírito das Leis*, Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- PAULA, Daniel Giotti de, “Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política”, em FELLET A. L. F. ; D. G. PAULA; M. NOVELINO (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011.
- PIOVESAN, Flávia, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas”, em CANOTILHO, J. J. G., M. O. G. CORREIA, É. P. B. CORREIA, *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel, *Teoria do direito e do Estado*, 5, ed, São Paulo, Saraiva, 2010.

- ROCA, Javier García, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 108, p. 41-75, abr./jun. 2000.
- RUIZ, Juan Cámara, “Judicialización y activismo judicial en España”, em LEAL, R.G.; LEAL, M.C.H. (org.), *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- STRECK, L. L., J. L. B. MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, 5, ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- TUSHNET, Mark, “The United States of America”, em Brice DICKINSON, *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2007.
- VILLAR, Gregorio Cámara, “Justicia y política en la España democrática: una reflexión a propósito de los llamados ‘jueces estrella’ y la judicialización de la política”, *Revista de Derecho Político*, Madri, UNED, núm. 7, p. 27-52, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Tradução de Marina Gacón, 5, ed, Madri, Trota, 2002.