

# **O ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO E SUA RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PRESSUPOSTO OU CONSEQUÊNCIA?**

THE CONTEMPORANEOUS CONSTITUTIONAL STATE AND ITS RELATION  
WITH THE POLITICS JUDICIALIZATION: REQUIREMENT OR  
CONSEQUENCE?

Vanessa Gomes Leite\*

Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato\*\*

## **RESUMO:**

O estudo analisa a formação do Estado Constitucional contemporâneo, bem como sua relação com o fenômeno da Judicialização da Política. Durante o período do segundo pós-guerra, diante das demandas pela positivação de direitos humanos, inicia-se o processo de redefinição das relações entre as três funções estatais, oportunizando-se a inclusão do campo de atuação do Judiciário no espaço da política. Nesse sentido, a passagem do Estado Liberal para o Estado Constitucional guarda importante paralelo com o desenvolvimento do processo de Judicialização da Política. Referido fenômeno apresenta reflexos na incumbência de juízes e tribunais de proteger e garantir os preceitos constitucionalmente resguardados. Assim, o Judiciário deixa de ser regido pelo método puramente subsuntivo, sendo levado a assumir uma postura distinta, cônica de seu papel como produtor de Direito. Neste sentido, de maneira breve, expõe-se a transformação do perfil do Judiciário na Itália, na Alemanha, na França e nos Estados Unidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Constitucional; Judicialização da Política; Criação do Direito.

## **ABSTRACT:**

The study analyzes the development of the contemporaneous Constitutional State and its relation with the Politics Judicialization phenomenon, as well. During the post-second world war period, with the demands for the human rights formal settlement, begins the process of redefinition of the relationship of the three departments of government, with the inclusion of the Judiciary action field in the space of politics. In this sense, the passage from the Liberal to the Constitutional State shows a relevant parallel with the development of the Politics Judicialization process. This phenomenon presents its reflexes in the judges and courts task of protecting and assuring the constitutional precepts. In this manner, the Judiciary leaves the regency of the purely subsuntive method, being brought to assume a distinct attitude, aware of its role as a Law-making instance. In this sense, in a brief way, it salients the transformation of the Judiciary perfil in Italy, Germany, France and in the United States.

**KEYWORDS:** Constitutional State; Politics Judicialization; Law creation.

---

\* Vanessa Gomes Leite, Advogada, Mestranda em Direito e Ordem Constitucional pela UFC/CE, Pós-graduanda em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Graduada pela mesma universidade. E-mail: vanessagomes\_leite@hotmail.com.

\*\* Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato, Advogado, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Coordenador da Especialização em Direito e Processo Constitucionais da mesma Universidade e Professor de Direito Constitucional nesta instituição. E-mail: gustavoliberato@unifor.br.

## **INTRODUÇÃO**

A evolução do Estado caracterizou-se pelas marchas e contramarchas das influências recebidas e apresentadas na economia e nas relações sociais. Colapsou-se o Estado Liberal, de caráter mais abstencionista, caminhou-se para o Estado Social, caro e prestacionista, e a nova conjuntura social culminou na construção de um Estado Constitucional contemporâneo, no qual, notadamente, os contornos entre os Poderes instituídos perdem a clareza.

A neutralidade do Judiciário, a partir de então, é repensada em novas bases, resultando no aumento de demandas por parte da sociedade, especialmente requerendo a concretização de preceitos constitucionais que restavam ineficazes, a despeito de constitucionalmente protegidos.

Muitos foram os fatores que deram ensejo ao fenômeno da Judicialização da Política, tanto históricos quanto políticos e sociais, tais como a massificação da sociedade, o advento dos direitos sociais e o crescimento do número de normas de eficácia limitada de natureza programática e o surgimento da tutela coletiva, frente aos impactos das guerras mundiais, bem como das revoluções de ordem técnica e tecnológica. Nesse sentido, a falta de responsividade de várias democracias atuais confere legitimidade à uma mudança de postura do Judiciário, que, ao exercer o papel de protetor da legalidade e, sobretudo, da constitucionalidade, desempenha o verdadeiro controle imparcial sobre os demais poderes.

Ademais, sua atuação ultrapassa a de intermediador entre sociedade e Poder Público, pois, no intuito de garantir os direitos fundamentais, assume ele a tarefa de real interventor nas questões políticas em face dos anseios da sociedade diante da indiferença do Legislativo e do Executivo. Por outro lado, como risco daí decorrente, não se deve olvidar o fato de que minorias políticas têm se utilizado do processo judicial para alcançar interesses pessoais em detrimento de uma maioria parlamentar.

Por meio do direito comparado, é possível estabelecer parâmetros e perceber diferenças e semelhanças entre o desempenho dos tribunais constitucionais de países, como a Itália, a Alemanha, os Estados Unidos e a França, no fomento ao controle das arbitrariedades dos representantes eletivos, justificando-se por razões inerentes ao histórico, ao regime político e ao sistema jurídico adotado por cada Nação.

## **1. A CRISE DO ESTADO LIBERAL E A FORMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL**

A partir da segunda metade do século XVIII, com o início da Revolução Industrial na Inglaterra, formaram-se a classe dos proletariados e a dos industriais, havendo um constante aumento na distância econômica e social entre elas. A população trabalhadora passou a concentrar-se nos centros urbanos de maneira rápida e não planejada, dando ensejo a condições de vida precárias em termos de habitação, alimentação e higiene. Freitas Neto e Tasinafo (2006, p. 353) destacam:

Um dos grandes problemas que a Revolução Industrial colocou para o operariado era o ritmo de trabalho intenso, sem garantias legais e recrutando homens, mulheres e crianças para os postos nas fábricas. Na Inglaterra, predominava o trabalho feminino e infantil na indústria têxtil. As crianças começavam a trabalhar a partir dos 5 anos de idade.

Os burgueses proclamavam uma noção de realidade que, segundo Bonavides (1996, p. 67) apresentava natureza política, encaixando-se com seus interesses de classe dominante juntamente com a ordem de relações econômicas que sustentavam, como força vanguardista da Revolução Industrial incipiente. Não tardou, entretanto, para surgirem críticas acerca dos erros, lacunas e imperfeições da referida liberdade, tão impotente diante das necessidades e reivindicações sociais das classes desfavorecidas, principalmente aquelas que compunham os tenebrosos quadros da miséria urbana e proletária nas minas e nas fábricas dos superlotados centros urbanos.

Inobstante isso, as inovações e mudanças no campo político, econômico, social tiveram seus desdobramentos em diversos continentes, conseqüentemente em diferentes momentos históricos. O impacto provocado pela Revolução Industrial, bem como pela Primeira Guerra Mundial estimulou uma alteração radical na relação Estado-sociedade, diante de crises, que envolviam o desemprego, as desigualdades sociais e as explorações trabalhistas. A neutralidade, o formalismo do Estado Liberal de Direito e a sua obediência ao individualismo distanciavam-se continuamente da realização do que seria uma justiça social, revelando a insuficiência das liberdades burguesas (VERDÚ, 2007, p. 88-91).

Verdú (2007, p. 97) discorre que, a rígida estratificação social presente no Estado Liberal dificultava as possibilidades de ascensão do indivíduo de uma classe à outra, superior. Além disso, a organização econômica sustentada pela burguesia prosperava apenas para aqueles que detinham maior poder aquisitivo, vindo logo a se fazer necessário aumentar as oportunidades mediante uma política econômica e social de grande amplitude.

No entanto, os burgueses liberais revelavam-se conservadores, sendo adeptos somente de modificações que não ameaçassem a posição alcançada por sua classe. Diante disso, a democracia pluralista, fundamento da política econômica e social característica do Estado Social de Direito, surge como solução para o alcance da desejada mobilidade social nos processos e relações intra e intergrupais.

Novais (2006, p. 207-208) observa que a evolução da ideia de dignidade da pessoa humana, aumentando o leque de direitos fundamentais com o reconhecimento dos direitos políticos, somente se revela concebível em uma realidade democrática:

Uma tal caracterização do Estado social de Direito significa, não apenas que o princípio de socialidade tende para o progressivo estabelecimento de uma democracia econômica e social, mas, sobretudo, e antes de mais nada, que as esferas de autonomia individual e dos direitos fundamentais – enquanto fins e valores essenciais do Estado de Direito – pressupõem a existência efetiva das regras da democracia política, desde a livre eleição de uma assembleia representativa de todos os cidadãos e a legitimação democrática de todos os órgãos de poder ao reconhecimento do pluralismo partidário, direito de oposição e princípio da alternância democrática, bem como dos direitos de participação política (nomeadamente sufrágio universal e o direito de associação), sem quaisquer discriminações de sexo, raça, idade, convicção ideológica ou religiosa e condição econômica, social ou cultural.

Referida proporção alcançada pelo princípio democrático confere uma nova roupagem ao Estado de Direito, bem como legitima a recomposição averiguada na tradicional distinção de funções estatais. O reforço na autonomia do Poder Executivo vem acompanhado com o pressuposto de legitimidade democrática do Legislativo ligado a uma forte posição independente do Judiciário, no intuito de evitar que as crescentes intervenções estatais mitigassem a vontade democrática livremente expressa.

Novais (2006, p. 210-212) ainda estabelece três motivos para explicar a intenção material do Estado social e democrático de Direito. O primeiro se refere ao fato da limitação do Estado por técnicas formais só possuir sentido quando alcançado o objetivo axiológico de proteção dos direitos fundamentais, encontrando-se vinculado na plenitude da dignidade da pessoa humana. O segundo diz respeito à relação direta entre a promoção das condições objetivas do desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais e a realização da igualdade e justiça material na sociedade atual. Por fim, a autonomia individual e os direitos fundamentais, acima de tudo, impõem-se materialmente (por via política) ao próprio poder constituinte originário.

Na mesma esteira de raciocínio, Bonavides (1996, p. 65-66) observa que, mesmo o princípio da separação dos poderes, artigo de doutrina dos ideais do Estado Liberal democrático, encontra-se sujeito a gradual evolução, tendo em vista os

requisitos de equilíbrio político e adequações a esquemas constitucionais, que deixavam de ser forma para se converter em substância.

Assim, o constitucionalismo moderno, que não segue os ditames do individualismo tradicional amparado pela separação clássica de poderes, visa não apenas às garantias dos direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado, mas resguardar a participação deste em uma democracia efetiva, no sentido de capacitar o poder público para proporcionar aos indivíduos uma igualdade concreta.

O Estado passa a atuar de maneira preponderantemente positiva, assegurando a subsistência de seus integrantes por meio de subsídios, do implemento de uma política generalizada de um sistema de seguros, de serviço de saúde e de assistência social. A politização da desigualdade social desencadeou a intervenção direta do Estado na relação de trabalho e de consumo, o que fomentou o reconhecimento do direito ao voto, à greve e à sindicalização dos trabalhadores, bem como o surgimento de partidos operários; da segurança do emprego, de salários e de habitações dignas, dentre outros. Segundo Novais (2006, p. 189), trata-se do Estado-Providência ou Estado social<sup>1</sup>, o qual trabalha para a consecução do bem-estar dos cidadãos e os seus acessos a um mínimo que viabilize a existência humana, não havendo termos quantitativos nesta dimensão.

Para Verdú (2007, p. 101-104), seguindo a mesma linha de raciocínio de Forsthoff, o Estado Social consiste em um Estado Contribuição promissor de uma política fiscal com fins sociais. Surge a necessidade de conscientizar a classe de maior poder aquisitivo acerca da implementação do bem-estar a toda a sociedade. Até porque, para continuar expandindo o consumo decorrente da produção em larga escala, era preciso garantir o sustento da massa trabalhadora, que, além de também compor a classe consumidora, tornava possível o processo de acumulação e produção almejada pelo grupo detentor do capital. A este restava apoiar a instituição e ampliação dos benefícios sociais concedidos pelo Estado, o que caracterizou a transição da economia liberal (clássica) para a neocapitalista do bem-estar social.

A liberdade e a propriedade devem ser consagradas ao povo de maneira geral, igualitária, e não apenas a uma determinada classe. Verdú (2007, p. 101-103) explica que os direitos liberais dos indivíduos não deixam de existir, inclusive o da propriedade privada, apenas passam a ter uma limitação de conotação social. A primordial

---

<sup>1</sup> Na tese de doutoramento da Profa. Gretha Leite Messias junto à Universidade Federal do Ceará – UFC intitulada “Estado securitário, biopolítica e atuação do judiciário” e orientada pelo Prof. Hugo de Brito Machado Segundo, sustentou-se que o Brasil não pode ser classificado como Estado Social, mas sim como Estado Liberal Securitário, que guarda características liberais e securitárias.

preocupação deixa de ser o ideal de liberdade (objetivo da primeira dimensão de direitos fundamentais) passando a recair sobre o valor da igualdade (objetivo da segunda dimensão de direitos fundamentais), dando ênfase a direitos garantidos por intermédio do próprio Estado, não mais por sua abstenção<sup>2</sup>.

Na Alemanha, embora as tentativas de efetivar o Estado Social tenham fracassado devido a forte oposição entre as classes sociais, a Constituição de Weimar (1919) revelou-se precursora dos direitos fundamentais da segunda dimensão, predominantemente de cunho programático e natureza positiva, consagrando um novo modelo de Constituição (MELO, 2007, p. 80). Já nos Estados Unidos, a Crise de 1929 inspirou a criação da política do *New Deal* durante o exercício governamental do presidente de Franklin Delano Roosevelt. O novo modelo econômico, sob influência dos princípios do economista John Maynard Keynes, permitiu a participação direta do Estado na economia nacional (GOMES, 2006, 206).

Em 1944, Willian Beveridge apresentou ao Parlamento britânico um plano de reorganização da seguridade social, estabelecendo um marco na história da humanidade. Por meio dele, o direito à vida é positivado em um documento oficial, que resguardou sua conversão em realidade. Em meio às desgraças da guerra, o Estado inglês comprometeu-se a combater os cinco maiores males da sociedade liberal clássica: escassez, doença, ignorância, miséria e ociosidade (VERDÚ, 2007, p. 110).

Segundo Sarlet (2011, p. 47-48), embora a expressão ainda embrionária dos direitos sociais tenha surgido a partir dos séculos XVIII e XIX, somente após a Segunda Guerra Mundial é que esses direitos fundamentais atingem sua real consagração em nível internacional, no sentido de serem regulamentados em um número considerável de Constituições e de constituírem objeto de diversos pactos internacionais, dentre eles, a importantíssima Declaração Universal dos Direitos do Homem firmada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948.

Referido documento, fruto das ideias difundidas pelo Estado Social, veio como resposta para os males causados pela guerra, bem como aos horrores cometidos pelo regime nazi-fascista. Frise-se que o fato dos regimes totalitários terem legitimidade

---

<sup>2</sup> A despeito da famosa distinção em “gerações de direitos” popularizada pelos ensinamentos de Paulo Bonavides (2010, p.560-570), depois aprimorada etimologicamente para “dimensões de direitos”, entende-se que se importou esta classificação da situação histórica baseada nos ideais da Revolução Francesa. Hodiernamente, contudo, dado o aparato legal necessário à subsistência de ideais como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, não há traçado definido entre os direitos e deveres necessários à sua guarda, e, portanto, não se mostra cabível a definição estanque de gerações e direitos a elas relativos.

garantida pela estrita legalidade contribuiu para o enfraquecimento do formalismo exegetista, o que mostrou a necessidade de uma proteção aos direitos até mesmo em face das leis.

## **2. O ESTADO SOCIAL EM FACE DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Segundo Sgarbossa (2010, p. 89), tendo em vista a manutenção do Estado Social encontrar-se diretamente relacionada com a permanência de uma circunstância de equilíbrio, as alterações no mercado mundial, no que diz respeito às relações de forças políticas entre classes sociais no interior dos Estados nacionais, o impacto do fenômeno da globalização, dentre outros fatores, acabou por deflagrar uma crise no Estado-Providência.

A crise do bem-estar social deve ser caracterizada sob o ponto de vista financeiro e ideológico. Na ótica financeira, destaca-se a crise econômica da década de 1970, que refletiu na diminuição da capacidade dos Estados de sustentarem suas políticas sociais. Já a questão ideológica sobressaiu-se durante a década de 1980, ao pôr dúvida acerca da capacidade estatal de efetivamente administrar os problemas sociais, diante da estrutura burocrática que administrava as políticas sociais (SARFATTI, 2006, p. 98). Nesse sentido, Ritter (1991, p. 262-263) ratifica:

El debate actual sobre la crisis del Estado social y de bienestar no centra sus críticas exclusivamente en la tendencia al crecimiento de las cargas económicas. También son objeto de censura la burocratización progresiva, la centralización, la profesionalización, la monetarización y la juridificación, que siempre han ido asociadas al desarrollo del Estado social.

Vale ressaltar que a globalização não provoca a redução do nível de gastos sociais no intuito de que ele seja conciliável com a competitividade. Schweickert (2000, p. 72) faz uma importante observação acerca do frequente mau emprego desse termo quando se trata de política social, notadamente por evidenciar o componente de decisões políticas de baixa qualidade neste efeito:

Na realidade, a globalização pressupõe que uma concorrência internacional mais acirrada defina salários competitivos. **Isso não tem, porém, implicações na distribuição desses salários entre renda disponível e gastos governamentais. Trata-se aqui de decisão a respeito do uso da renda, e em cada nível de salários competitivos existe nítida escolha entre gastos sociais e renda disponível: maiores gastos sociais, menor será a renda disponível. Portanto, ‘efeitos-desincentivo’ (disincentive effects) são causados por ineficiências nos gastos públicos e não pela globalização ou pelo nível de gastos sociais (grifou-se).**

A implicação do novo quadro político institucional foi uma sensível deterioração do quadro social, diante da redução dos recursos orçamentários destinados à implementação de políticas sociais e principalmente da deslegitimação ideológica do Estado Social em face da pressão econômica. Como assinala Sgarbossa (2010, p. 110):

A consequência da fragilização dos direitos e do arrefecimento da proteção social estatal em nome de princípios econômicos e financeiro-atuariais é um reavivamento ou um crescimento das desigualdades sociais e das situações de marginalização e exclusão social de contingentes humanos inteiros.

Conforme os preceitos de Sgarbossa (2010, p. 120), quanto aos Estados de capitalismo tardio, como o Brasil, estes não conseguiram implementar, de maneira integral, o Estado Social nos moldes existentes nos Estados desenvolvidos do hemisfério norte. Diversos são os motivos, dentre eles o atraso industrial, o déficit financeiro do Estado, a ausência de uma democracia efetiva, de fortes partidos políticos operários e de ativas organizações sindicais.

Durante o início da década de 1980, com a política monetária contracionista dos Estados Unidos acompanhada com a crise do petróleo, o Brasil, despreparado que estava para enfrentar os piores cenários macroeconômicos, encontrou sérios problemas de financiamento externo, o que prejudicou o seu equilíbrio de pagamento de dívidas, gerando um severo aumento na inflação. Por conta disso, embora a Constituição de 1988 estabelecesse o retorno da democracia e previsse a garantia de um modelo de seguridade social a todos os cidadãos, o financiamento das políticas públicas se encontrava comprometido (GOMES, 2006, p. 229).

Tendo como fulcro o artigo 5º, §1º da Constituição Federal Brasileira vigente, os direitos a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, o que os tornam imediatamente aplicáveis. Por outro lado, no que se refere aos direitos a prestações materiais sociais (direitos a prestações em sentido estrito), a medida desta eficácia dependerá sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e da efetiva disponibilidade do seu objeto, ou seja, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, permanecendo na conexão com a real existência dos meios para cumprir com seu dever.

Torna-se de suma importância salientar que, de acordo com Sarlet (2011, p. 280), enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem aplicabilidade imediata, direta e integral, estando, de logo, aptos a produzir todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorreria com os de segunda dimensão, que possuem como objeto, em regra, uma conduta positiva prestacional de natureza fática ou normativa.

Ocorre que as peculiaridades de seu objeto e a maneira pela qual costumam ser positivados, qual seja, programática e exigente de uma normatização infraconstitucional de maior concretude, dá ensejo a acirradas controvérsias no que tange a sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.

No período pós-positivista, correspondente aos grandes momentos constituintes do final do século XX, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, trazendo a importância dos valores para as discussões existentes, bem como proporcionando a efetivação da almejada justiça material. Visto que os princípios não necessitam estarem expressos para ter validade normativa, o Direito ultrapassa as fronteiras das normas formais (normas-regra).

Por conta disso, o papel do juiz se eleva na distinção funcional do Estado, pois a dinâmica social e o alto grau de abstrativização das normas-princípio constitucionais proporcionaram uma maior liberdade nas decisões judiciais (veja-se, dentre outros, sobre a abertura das normas-princípio: ALEXY, 1993, p. 99). A indiferença ou a inabilidade do Executivo e do Legislativo fomentaram o fortalecimento do Judiciário, diante dos clamores sociais pela garantia da tutela jurisdicional de direitos fundamentais, indispensáveis à concreção da dignidade da pessoa humana, conforme a observação de Zagrebelsky (2006, p.17).

A possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma gerou o ensejo do “limite da reserva do possível”, que, em seu contexto histórico originário, Sarlet (2011, p. 287) explica:

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha razoável (itálico original).

Entende-se por razoável exigir do Estado prestação para satisfação individual, desde que não o obrigue a comprometer demais programas sociais ou prejudicar a continuidade de atuais e futuras políticas públicas. Assim, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode “razoavelmente exigir da sociedade”. Já que não há como satisfazer concomitantemente em níveis igualitários e grandiosos todas as necessidades de todos os indivíduos, o limite da reserva do possível deve ser interpretado como uma espécie de condição da realidade, mantendo uma relação de plausibilidade com a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.

Lauris (2011, p. 266) enumera três causas da ampliação da procura pelo Judiciário, bem como a consequente explosão de litigiosidade com que os tribunais foram confrontados: aumento das esferas de atuação do direito, a extensão da titularidade dos direitos e dos efeitos das decisões (tendo em vista o surgimento de direitos de natureza coletiva), e, principalmente, a constitucionalização dos direitos sociais, estando em sua maior parte não regulamentados e dependentes de políticas públicas.

No intuito de garantir a real efetividade dos direitos sociais, especialmente em face das normas infraconstitucionais, bem como dos atos administrativos, Sarlet (2012, p. 567) comenta acerca do princípio da proibição jurídico-constitucional do retrocesso, que atua barrando ou corrigindo medidas restritivas e até supressivas do referido núcleo fundamental. Na mesma esteira de raciocínio, pontifica Canotilho (2011, p.338-339):

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou de evolução reacionária. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direitos à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. A ‘proibição do retrocesso social’ nada pode fazer contra recessões e crises econômicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção da inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’ (itálicos originais).

Sarlet (2012, p. 568), contudo, enfatiza que o conjunto de prestações básicas que corporificam a dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) não poderá ser eliminado tão pouco reduzido, ainda que ressalvados os direitos adquiridos, tendo em vista a sua violação ser injustificável sob o aspecto de ordem jurídica e social. Qualquer medida contrária ao exposto poderá (e deverá) ser considerada inconstitucional, cabendo ao Judiciário, se assim o entender, declarar sua nulidade.

Nas sociedades democráticas contemporâneas, portanto, a resolução dos problemas sociais não decorre do interesse pessoal de um indivíduo (Estado Liberal) ou de grupos de indivíduos (Estado Social), mas do direito, entendido como justiça de acordo com a Constituição e em respeito ao núcleo básico dos direitos fundamentais. O

Neoconstitucionalismo caracterizou densamente o Estado Democrático Constitucional brasileiro, traduzindo-se em três marcos fundamentais:

[...] o marco *histórico*, ocorrido no Brasil em dois momentos, na Constituição Republicana de 1891 e a partir de 1988, com a priorização dos direitos fundamentais; o marco *filosófico* pós-positivista, que consiste na superação, ao mesmo tempo, da lei como única fonte do direito e das diferenças radicais entre moral e direito, reconhecendo a *indeterminação* da norma e o papel do intérprete; e, por fim, o marco *teórico*, que reconhece o papel preponderante da norma da Constituição nos ordenamentos jurídicos e o reconhecimento dos direitos fundamentais como normas, e engloba desde o controle de constitucionalidade até as novas técnicas de interpretação jurídicas (ZANETTI JR. 2011, 42, grifo original).

A conturbada história Constitucional brasileira não permite traçar contornos delineados entre a intervenção ou não do Estado a fim de classifica-los como liberal ou social, apesar de demonstrar tendências sociais em sua grande maioria. A formação do Estado brasileiro de cultura plural, mistura de raças, povos, grandes disparidades econômicas e o recente e traumático desfecho de uma ditadura militar levou a uma forma de Estado em que o documento político possui um texto abrangente, o que torna difícil a implementação material de suas metas e valores.

O Judiciário, nos regimes democráticos modernos, serve para reforçar a ideia de limitação de poder, fortalecendo a relação de freios e contrapesos entre os poderes instituídos. No Brasil, esta ideia é acentuada pelo declínio da confiança e representatividade dos poderes legislativo e executivo e da reinvenção do Judiciário brasileiro nos últimos tempos:

Isso tem significado uma importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional, se comparado a seu padrão histórico: ainda temos um Poder Executivo – o federal – protagonista e centralizador; o Legislativo – nos três níveis federativos – sofrendo constantes crises funcionais e déficits de confiança popular; mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivos hipertrofiados, alcançou, de forma gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, um patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história – a Corte tem sido capaz de exercer tanto o seu papel essencialmente contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar políticas favorecidas pelas coalizões majoritárias, mas que, em razão do caráter muito controverso dos temas, esbarra em impasses (deadlocks) intransponíveis na arena legislativa (CAMPOS, 2013, p. 7882-7883).

Nesta senda é que se faz imperiosa a análise quanto possível mais detida acerca do fenômeno da Judicialização da Política, notadamente em relação a suas condições políticas, virtudes e limites.

### **3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONDIÇÕES POLÍTICAS, VIRTUDES E LIMITES**

A passagem do Estado Liberal clássico ao Estado Social de Direito veio acompanhada com uma excessiva atividade legislativa, o que exigiu um proporcional aumento de encargos direcionado ao Executivo, bem como nas demandas ao Judiciário. A ampliação das tarefas dos aparelhos administrativos determinou, mesmo que não intencionalmente, um incremento aos poderes do juiz, como, de resto, já se fazia notar na resistência do voluntarismo contra o puro racionalismo das construções teóricas do século XIX e início do século XX (veja-se, dentre outros, a respeito: KANTOROWICZ, 1949, p. 346).

Nas modernas sociedades democráticas, a neutralidade política do judiciário é repensada, sendo este obrigado, por sua peculiar condição, a se fazer mais responsivo às demandas da sociedade, exercendo em nome dela o controle sobre os demais poderes, achegando-se à seara política, recebendo o rótulo de ativista e dando ensejo ao fenômeno da judicialização da política, comum em diversos países.

De acordo com Waller (2012, p. 42), no Brasil, a judicialização da política é ascendente, tendo o Judiciário protagonizado a execução de políticas públicas continuamente. Por conta disso, as decisões judiciais têm ocupado um denso (e tenso) espaço entre os elaboradores e executores dos planos e das diretrizes de políticas públicas, os quais se veem impelidos a garantir prestações de direitos sociais muitas vezes incompatíveis com a política pública estabelecida pelos governos ou pelos recursos orçamentários.

Inobstante, as novas demandas dos direitos difusos e coletivos e, não menos importantes, dos individuais homogêneos, exigiram uma evolução legislativa para sua garantia, haja vista os problemas relacionados ao meio ambiente e à saúde pública, por exemplo, não poderem ser resolvidos de acordo com o livre entendimento de cada cidadão, sendo fundamental a intervenção estatal. Nesse sentido, Vianna *et al* (1999, p. 22) complementam:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva à dos partidos e à das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.

Em virtude do exagerado aumento dos encargos decorrentes da intervenção legislativa, entretanto, verificou-se a sua obstrução, problema comum enfrentado pelos

Estados liberais. Concomitantemente, foram atribuídas diversas atividades ao respectivo Parlamento, que, para não chegar ao descontrole caótico, iniciou uma acelerada transferência de parte de sua competência para o Executivo, o qual já havia maximizado sua interferência dada a expansão da envergadura das políticas por ele assumidas e desenvolvidas. Diante da tal concentração do poder, o sentimento de abandono e impotência aflorou nos cidadãos, os quais recorreram à última função estatal que lhes restava incólume (CAPPELLETTI, 1999, p.43).

Segundo Cambi (2010, p. 194), é importante frisar que tradicionalmente a categoria dos magistrados sempre demonstrou ser a menos revolucionária se comparada às demais. Ocorre que as transformações decorrentes do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica, surgida a partir de meados do século XX, fomentaram a saída do terceiro poder da película protetora do formalismo, dando ensejo ao processo de desneutralização política do Judiciário.

Apesar da crise do *Welfare State*, que buscava promover a igualdade, sustentando seus integrantes com base em políticas públicas e de assistência social, os direitos sociais não desapareceram, o que determinou importantes implicações impostas aos juízes.

O Judiciário assume seu papel principal como intermediador entre vontade do povo e de seus legisladores, na medida em que afasta a aplicação da lei ou ato normativo que esteja dissociada dos anseios do real titular do Poder Constituinte Originário. À seu tempo, Madison, Jay e Hamilton (1993, p. 481) já haviam construído a seguinte reflexão:

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.

Partindo do pressuposto de que a jurisdição constitucional tem o dever de velar pela concretização dos valores da Constituição, mais do que declarar a nulidade das normas inconstitucionais, no sentido meramente negativo, revela-se igualmente de sua competência de orientar e fornecer as condições necessárias para a realização dos referidos valores. É o que Tavares (2012, p. 37-48) denomina de função estruturante do juiz constitucional, a qual não confere com a de legisladores negativos.

Registre-se que o fato de a atividade legislativa social ser limitada, em grande parte, a definir a finalidade e os princípios gerais, à espera de uma gradual

transformação do presente e construção do futuro, isso proporcionou ao Judiciário maior espaço em sua atuação discricionária, já que quanto mais vagos e imprecisos os elementos normativos do direito, mais se necessita da interpretação do magistrado.

No mesmo sentido, Reale (1975, p. 387) reflete acerca da prudência em conciliar a criatividade e a obediência ao direito, de modo que o juiz deve ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas nos limites e em razão destes elementos para a consecução dos fins que darão origem ao processo normativo, em que se pensará até o final aquilo que já começou a ser pensado por outrem, sem olvidar que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo um ordenamento do qual faz parte.

Furtado e Cavalcante (2009, p. 109) aduzem que não apenas a pluralidade desordenada das leis, mas também a inatividade do legislativo abrem espaços que tendem a ser supridos pelo Judiciário, que, não podendo se eximir de julgar, decide questões cada vez mais políticas, extrapolando o modelo de lide interindividual. Trata-se de uma inafastável consequência do gigantismo estatal, de natureza legislativa e executiva, em que o corpo dos magistrados ultrapassou a tradicional função de dirimir conflitos de natureza civil e penal, revelando-se um terceiro gigante guardião e controlador dos poderes políticos do estado contemporâneo (CAPPELLETTI, 1999, p. 46-47).

Na verdade, o crescimento e a fragmentação do Judiciário mostram-se fundamentais na manutenção das liberdades, pois, caso contrário, o sistema de controles recíprocos restaria comprometido, prejudicando o equilíbrio e a garantia de um efetivo regime constitucional. Dessa maneira, o controle exercido pelos juízes e cortes não é incompatível com o desempenho eficaz das atividades do Legislativo e do Executivo.

Segundo Canotilho (2011, p. 1231), não existem questões constitucionais isentas de controle, não devendo o Tribunal Constitucional recusar a apreciação de uma matéria ou declinar de sua competência apenas por se tratar de questões políticas. O objetivo não é fazer política por meio de controle de constitucionalidade das leis, mas apreciar a constitucionalidade da política, o que deve ser realizado por meio de parâmetros jurídicos-materiais presentes na própria Constituição.

Segundo Agra, Castro e Tavares (2008, p. 229-233), as garantias das condições democráticas de um Estado, incluindo a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do homem, justificam a legitimidade de um Tribunal Constitucional, que passa a ser o guardião da coerência dos princípios constitucionais e da eficácia social da

Constituição. Assim, o sistema democrático de direito legitima a justiça constitucional a impor-se imperativamente perante qualquer órgão do Poder Público que permaneça silente ou arbitrário em face das diretrizes constitucionais: “Em outras palavras, nas sociedades contemporâneas, a criação e a manutenção das cortes constitucionais – acima das disputas políticas – garantem o equilíbrio do sistema político constitucional vigente e a universalidade da democracia e da separação dos poderes”.

A legitimidade democrática não se resume ao voto eletivo. Na Constituição brasileira de 1988, mesmo não havendo nada de maneira expressa acerca da soberania dos tribunais, o poder constituinte originário, cujo titular é o povo, previu o princípio fundamental da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea. Como o Judiciário faz parte da distinção funcional do poder estatal, ele tem seu consentimento social garantido. Além disso, o Judiciário possui uma relação direta com a sociedade, na medida em que o primeiro não age de ofício, a segunda é quem recorre a ele. Na visão de Madison, Hamilton e Jay (1993, p. 483), é exatamente para cumprir com essa responsabilidade é que os magistrados necessitam de uma parcela incomum de força.

Capelletti (1999, p. 82-83) insiste em considerar referida passividade processual como verdadeira virtude do processo jurisdicional, que exige do julgador as características de neutralidade e equidade, no sentido de se encontrar vedado a decidir uma controvérsia em que esteja envolvido o seu próprio interesse. Em contrapartida, a mesma virtude se mostra um limite, haja vista revelar o direito judiciário como casuístico e descontínuo, ao depender da eventualidade de determinados casos concretos para emergir.

O autor também argumenta que, diferentemente do Judiciário, ainda que o Legislativo e o Executivo sejam considerados tradicionalmente como legítimos responsáveis perante o povo, não constituem perfeito paradigma de democracia representativa, haja vista a complexa estrutura política nos quais grupos de interesse buscam vantagens entre diversos centros de poder. Na realidade, muitos frutos decorrentes do Congresso e da Presidência não constituem o reflexo de organismos democráticos e majoritários, mas da vontade de uma minoria com interesses conflitantes (CAPELLETTI, 1999, p. 94-100).

Além da defesa de interesses nem sempre condizentes com os ideais de democracia, some-se o fato de que o Legislativo brasileiro passou por várias crises de legitimidade, situação que se estende ao Poder Executivo e pode ser assim sintetizada:

(a) A grande influência do poder econômico no sistema político elevou sobremaneira os custos das campanhas eleitorais fazendo com que a representação parlamentar se tornasse elitista e dependente dos grupos economicamente mais poderosos através dos *lobbys* e financiamentos de campanha; (b) a busca de dividendos eleitorais afastou o legislativo das questões polêmicas, inclusive aquelas mais ligadas aos direitos fundamentais, gerando um vazio legislativo nas matérias urgentes, como o aborto, a proteção dos homossexuais, por exemplo; (c) várias denúncias de corrupção envolvendo parlamentares [...] (d) A impunidade crônica de políticos envolvidos em escândalos de corrupção [...] (e) para agravar a situação, o cargo político tem sido utilizado para dificultar a punição, seja porque existe o foro privilegiado, seja porque o poder é capaz de influenciar o resultado de julgamentos envolvendo altas autoridades, gerando um círculo vicioso em que os mais inescrupulosos alcançam o poder e usam o mesmo poder para se manter impunemente (MARMELSTEIN, 2013,p. 30).

O próprio Judiciário não é de todo privado de representatividade. Primeiro porque os membros da Suprema Corte de muitos países são nomeados politicamente pelo Presidente da República com o consentimento do Senado. Segundo, contribuem para a completa representatividade geral do sistema, na medida em que possibilitam a todos os indivíduos ou grupos o acompanhamento do processo judicial, promovendo a efetiva participação do povo na atividade pública. Nesse sentido, determinados grupos (raciais, religiosos, econômicos, dentre outros) encontram justamente nos tribunais o acesso e o amparo, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país. Capelletti (1993, p. 107) conclui:

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

Dentre os benefícios trazidos pela nova postura do Judiciário, destaca-se o fato de que as decisões judiciais são melhor fundamentadas em face das tomadas pelos atores políticos típicos, já que a discussão processual, marcada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, coloca o juiz ciente das mais várias espécies de argumentos, o que lhe garante uma melhor ponderação ao proferir a decisão final.

Cite-se como exemplo da importância da posição contramajoritária do Judiciário na assistência aos clamores sociais o julgamento da ADPF n. 132, em que foi reconhecida como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo

de constituição de família. Para isso, o Supremo aplicou ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 o princípio da interpretação conforme a Constituição sem redução de texto como técnica de controle concentrado de normas.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA (BRASIL, STF, *on line*).

As técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pelos tribunais nas democracias contemporâneas têm aplicado seu domínio sobre os resultados dos processos legislativos e das políticas públicas, o que resultou em uma maior preocupação do Legislativo e do Executivo em não violar as normas constitucionais ao desempenhar suas atividades e deliberações, tal como assevera Nunes Junior (2008, p. 160).

A inércia típica ao procedimento judicial, aliada à fundamentação (a necessidade de boa e suficiente fundamentação) são garantias democráticas contra os excessos do Poder Judiciário. Novas técnicas garantem ainda que o Poder Judiciário e suas decisões se revistam de maior legitimidade democrática como a atuação de segmentos sociais como *amici curiae* ou mesmo como proponentes de ações e recursos vinculados à Jurisdição Constitucional.

Para Tate (1995, p. 30), “*The politics of rights may become distinguishable from the politics of interests only in its relatively more legalistic discourse*”. Assim, como os grupos (de interesse e de pressão) cada vez mais descobrem a utilidade potencial dos tribunais no cumprimento de seus objetivos, utilizam-se disso para expandir a compreensão de suas pretensões e direitos, no intuito de incluir interesses que podem parecer para alguns serem ligados apenas remotamente a qualquer fundamento constitucional.

#### **4. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO DIREITO COMPARADO**

Os ideais democráticos reprimidos até a ocasião da Segunda Grande Guerra eclodiram nos Estados Constitucionais modernos, fazendo com que não só os poderes representativos por excelência fossem contagiados, mas também o Poder Judiciário, fazendo deste um relevante instrumento de aprimoramento democrático.

Inegável o “poder de criação” dos juízes, mesmo atuando de acordo com os “contornos e limites da hermenêutica constitucional” (ALBUQUERQUE, 2013, p.82). A expansão do papel do Poder Judiciário na esfera política revela-se uma constante em muitos países, respeitando-se, evidentemente, as particularidades históricas e normativas de cada Nação. Nesse sentido, mostra-se útil uma breve incursão acerca de como tem sido tratada a judicialização da política em outros Estados Constitucionais Contemporâneos.

##### **4.1. Na Itália**

Tradicionalmente, o judiciário na Itália revelou-se estruturalmente semelhante às organizações judiciárias da Europa Continental, não havendo mudanças profundas pelo menos até o final da Segunda Guerra Mundial. Segundo Guarnieri (1995, p. 246), as garantias dos juízes e dos promotores foram reforçadas, como uma resposta aos abusos ocorridos tanto no regime liberal como no fascista, fatores estes que contribuíram para a reconstrução da democracia italiana.

Vieira (2002, p. 56) afirma que essa transição teve como agentes estruturais os comunistas, os socialistas e os democratas cristãos, os quais se revelaram como fundadores da nova Constituição. A Carta política italiana trouxe uma série de direitos de natureza coletiva e social, almejando direcionar a atuação do governo e do parlamento para a concretização desses fins.

A principal competência do Tribunal Constitucional italiano diz respeito ao controle concentrado-incidental de constitucionalidade, decorrente de uma lide advinda dos tribunais inferiores (LUNARDI, 2013, p. 78 e 81). Quanto ao controle repressivo-abstrato, até 2001 não havia previsão clara de sua adoção, o que veio a ser suprido pela Lei Constitucional nº 3 daquele ano, a qual alterou a redação do art. 127 da Constituição italiana, prevendo sua utilização, no prazo de 60 dias e sob perspectiva formal de falta de competência para a edição da norma (LUNARDI, 2013, p. 80-81). A eficácia das decisões de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* se dá no dia seguinte à

publicação da decisão pela Corte (v. art. 136 da Constituição italiana), ressalvados os casos de relações exauridas (LUNARDI, 2013, p. 83). No que toca a decisões de improcedência puramente interpretativas, à luz do princípio da interpretação conforme a Constituição, tendo em vista suas interpretações não vincularem as demais instâncias judiciais (BIN, PITRUZELLA, 2006, p. 434; FAVOREU, 2004, p. 91), a solução encontrada para os casos com lacunas na lei foi produzir decisões de natureza legislativa, tendo o apoio do governo e do parlamento, os quais procuraram positivar legislativamente as específicas decisões. Conforme relatado por Vieira, já relativamente às decisões manipulativo-aditivas (2002, p. 59):

Encarregado de zelar pela eficácia da Constituição, o Tribunal passou a decidir de forma inovadora, emitindo ‘sentenças normativas’, a partir da manipulação de textos legais, buscando assegurar efetividade àqueles direitos entendidos como meramente programáticos. Alterando o paradigma Kelseniano, pelo qual aos tribunais constitucionais incumbiria a função de legisladores negativos, o Tribunal italiano iniciou a produzir decisões positivas, que inovaram a ordem jurídica.

Essa atuação positiva do Tribunal é mais evidente nos casos de omissão legislativa, mesmo não havendo clara previsão constitucional a despeito disso, o artigo 700 do Código de Processo Civil italiano autoriza o juiz a tomar medidas de urgência para garantir provisoriamente direitos que estejam em perigo iminente e irreparável. Tais sentenças são denominadas de manipulativas-aditivas e demonstram a conduta do Tribunal, provocado pela sociedade na busca de respostas às suas necessidades, na procura de instrumentos jurídicos capazes de dar maior efetividade ao texto constitucional.

A Constituição de 1948 previu o estabelecimento de um organismo de autogoverno do corpo dos magistrados, qual seja o Conselho Superior do Judiciário. Todas as decisões concernentes à referida categoria foram atribuídas a este Conselho pela Constituição, havendo também expressas garantias aos promotores de justiça, como a constitucionalização do princípio da acusação obrigatória pelo Ministério Público referente a infrações penais.

Somente em 1959, no entanto, é que foi possível perceber um relevante aumento da independência dos juízes italianos, tanto no âmbito interno como no externo. *“In that year, the constitutionally mandated Higher Council of the Judiciary was finally instituted, and began progressively taking away the powers of the executive in the administration of judicial personnel, both judges and public prosecutors”* (GUARNIERI, 1995, p. 246).

Registre-se que o Tribunal Constitucional Italiano está fora da estrutura tradicional na distinção de funções, visto que não é considerado como órgão judicial *stricto sensu*. Compõe-se de um terço dos membros é indicado pelo Presidente da República, um terço pelo parlamento e um terço restante pelos magistrados dos tribunais superiores. Essa composição mista reflete o seu caráter não burocrático, logo distinto do outros órgãos do judiciário (VIEIRA, 2002, p. 57-58).

Desde o início de 1960, os representantes da associação dos magistrados aliaram-se aos partidos políticos. O Judiciário almejava reformas, ao passo que, por estratégia política, os partidos de oposição decidiram apoiá-lo, o que resultou em constantes trocas de favores como as longas e, muitas vezes, ineficazes investigações de políticas de corrupção, bem como uma generosidade parlamentar na definição dos salários judiciais (GUARNIERI, 1995, p. 253).

Atualmente os juízes italianos gozam de garantias superiores do que qualquer país democrático, estando sujeitos somente a limites inquestionavelmente menos restritos do que aqueles encontrados em qualquer lugar. Na verdade, o sistema Judiciário italiano revela-se o menos sujeito a controles externos, diferente do que ocorre na França (com um Judiciário fortemente condicionado pelo Executivo) e na Alemanha (que suporta influências dos demais poderes) (GUARNIERI, 1999, p. 248).

#### **4.2. Na Alemanha**

No que se refere ao sistema constitucional alemão, após a Segunda Guerra Mundial, este sofreu grande influência americana, a começar pela instituição da forma federativa de Estado e a proteção dos direitos fundamentais na Lei Maior (ou Lei Fundamental de Bonn) de 1949, a qual previa sua inderrogabilidade. Segundo Vieira (2002, p. 91), Mesmo possuindo poucos direitos sociais e econômicos, a Constituição alemã deu ensejo a uma expansão do tradicional espaço da jurisdição constitucional, que se limitou a uma conduta negativa, ao impor restrições aos demais poderes estatais por meio do controle de constitucionalidade.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais alemães possuem aplicação direta, rompendo com o dogma da discricionariedade do poder legislativo, ao determinar uma vinculação da atuação do legislador a referidos direitos e princípios. O objetivo era proteger o cidadão das eventuais omissões legislativas (VIEIRA, 2002, p. 91-92).

No que diz respeito à jurisdição constitucional, contudo, aderiu a um sistema semelhante ao kelseniano. Embora instituído pela Lei Fundamental de Bonn, somente

em 1951, foi criado um Tribunal Constitucional Federal dotado de ampla competência, em especial preservar os direitos fundamentais e a própria Carta Política. Compõe-se de duas seções, cada uma com oito juízes que funcionam de maneira independente, cujas competências são fixadas pela lei orgânica do tribunal (VIEIRA, 2002, p. 92).

O processo de seleção dos juízes desse Tribunal Constitucional é reconhecidamente político, na medida em que são eleitos por dois terços dos membros do parlamento, sendo a metade pelo *Bundestag* (que representa o povo) e a outra metade pelo *Bundesrat* (que representa os *Länder*).

De acordo com Vieira (2002, p. 91-93), a legitimidade para postular a inconstitucionalidade concentrada de lei ou ato normativo frente ao Tribunal foi conferida ao Governo Federal, Governo Estadual e a no mínimo um terço dos membros do Parlamento Federal. Em relação ao controle concreto, semelhante ao modelo brasileiro, qualquer juiz é competente para criar um incidente de inconstitucionalidade, independentemente do pedido das partes nesse sentido.

Revela-se marcante a atuação do Tribunal no sistema político alemão desde a década de 1950, recebendo inclusive críticas no sentido adotar uma conduta ativista na esfera política. Isso se deve, contudo, à exigência de uma ampla atuação em conjunto entre Legislativo e Judiciário em busca de obedecer às diretrizes constitucionais. Transformando a concepção liberal de uma corte judicial, o referido órgão tornou-se soberano, implementando o real cumprimento da Constituição alemã ao governo e à sociedade. Assim, destaca Vieira (2002, p. 94):

O Tribunal esteve envolvido na tomada de decisão da maior parte das questões políticas relevantes para a consolidação da democracia e do estado de direito ocorridas nestes mais de quarenta anos, tornando-se assim uma nova arena onde se desenrola a luta política, estritamente submetida, no entanto, aos valores estabelecidos na Constituição.

A influência da jurisdição constitucional alemã, já consolidada no centro do debate político deste país (LUNARDI, 2013, p. 96), tem se mostrado crescente fora dele, fazendo com o que o experimento alemão seja estudado e, quanto possível, emulado nos mais diversos ordenamentos.

### **4.3. Na França**

Durante o Antigo Regime francês, as funções estatais praticamente concentravam-se na figura do rei, que realizava delegações, assumindo os tribunais, principalmente os superiores, a função jurisdicional e, quando necessário e nos moldes

das regras estabelecidas pelo monarca, criavam leis. Temendo a uma esmagadora concentração de poder na esfera judiciária, o poder constituinte de 1789 decidiu aderir a uma teoria da separação estanque dos poderes (DUGUIT, 1996, p. 14; LAFON, 1995, p. 289).

Dentre os argumentos contrários à liberdade dos juízes na produção do direito francês (*principle of judge-made law*), cite-se a dificuldade de harmonizar as fontes de diferentes instâncias, o problema da retroatividade das decisões, a sua frágil estabilidade e a dependência de um caso concreto para emergir, conforme Lafon (1995, p.290):

*If the principle of judge-made-law were admitted, different initiatives could rise from one another jurisdiction, requiring an effort to harmonize them. The rules deriving from a judgment would be retroactive if reversed, and retroactivity was contrary to French principles. Furthermore, such rules were not necessarily stable: the courts could change their position and initiate a sudden change in jurisprudence. Would the rule always be easy to comprehend? Wouldn't non-specialists find it difficult to be informed on this part of the law? There was one more major critique: judges only created law only when a case came up. Thus their role as a source of law depended entirely on chance!*

Quanto às vantagens, sob o ponto de vista prático, pode-se mencionar a maleabilidade e adaptabilidade da *judge made law*, pois a norma é iniciada pelos fatos do dia-a-dia ou modificada de acordo com a evolução da sociedade, fato para qual os juízes devem estar atentos. Com os passar dos anos, contudo, os argumentos positivos se sobrepunham aos negativos.

Após 1789, a França adotou como sistema especial de jurisdição o contencioso administrativo, que, na definição de Cretella Júnior (1990, p. 254), “é o sistema de jurisdição em que os litígios entre a Administração e o administrado são resolvidos não pelo Poder Judiciário, mas por tribunais especiais – os tribunais administrativos”. Dessa maneira, a jurisdição francesa é dúplice (civil e administrativa), diferentemente da brasileira, que é una. Dentre os motivos para essa divisão, cite-se a necessidade de rapidez para os assuntos que envolvem a Administração como parte; a competência especial dos juízos administrativos, que não se encontram nos juízos ordinários; bem como a preocupação em não submeter os processos administrativos à ingerência do Judiciário. Na verdade, a maior preocupação da época era manter a Administração independente, a todo custo, de julgadores pertencentes a outro Poder.

A jurisdição civil trata de assuntos da esfera privada, tendo como base para sua consecução o Código Civil de 1804, já a jurisdição administrativa abrange situações que envolvem entes públicos, desenvolvendo-se, contudo, *ex nihilo*, ou seja, não possuindo uma codificação, não havendo um corpo normativo uniforme (LAFON, 1995, 291).

Cretella Jr. (1990, p. 258) acrescenta ainda que os magistrados administrativos têm habilidade técnica maior do que os magistrados judiciários, na medida em que o direito administrativo aplicado no contencioso tornou-se progressivamente muito especializado, fundamentalmente distinto do civil, exigindo jurisdição especial. Por conta disso, a autonomia do direito administrativo francês é devida aos tribunais administrativos, cujos precedentes contribuíram para a edificação do conteúdo e para a plena configuração original.

Visto que os autores do código civil não poderiam prever situações e criar a norma correspondente, o trabalho de interpretação dos juízes, bem como de criação de normas foi fundamental, pois até a legislatura tem dificuldade em manter-se em dia com a realidade. Ademais, os termos de direito positivado nem sempre são precisos em seus significados e delimitações, o que fomenta também a edição da *judge-made civil law*.

Na esfera administrativa, os juízes tiveram de controlar atos administrativos e decidir sobre sua legalidade. Para isso, eles analisaram as regras inseridas e, eventualmente, transformaram-nas em princípios gerais de direito no intuito de melhor proteger os cidadãos. De acordo com Lafon (1999, p. 295), mesmo quando o parâmetro são leis escritas, os juízes administrativos sempre exibiram uma grande independência.

Embora a organização da jurisdição administrativa revele-se divergente da jurisdição judiciária, existe uma Corte no ápice de cada uma dessas facções jurisdicionais, posicionando-se o Conselho de Estado na ordem administrativa, e a Corte de Cassação na ordem judiciária. Lafon (1995, p. 297) explana que o primeiro possui a vantagem de trabalhar em consonância com o Legislativo, podendo estabelecer acordos facilmente e participar da elaboração de leis escritas.

Segundo Carvalho Filho (2014, *on line*), o desenvolvimento da justiça constitucional na Europa continental, principalmente a partir da Constituição austríaca de 1920, promoveu o aperfeiçoamento dos modelos de jurisdição constitucional concentrada, instituídos após a II Guerra Mundial, oferecendo certa pressão para a criação do controle da atividade legislativa também na França.

Assim, a Constituição francesa de 1958 instituiu o Conselho Constitucional, o qual tem sido cada vez mais o instrumento da judicialização da política francesa, na medida em que a oposição parlamentar tem se utilizado dele para se contrapor às principais iniciativas do governo que não poderia derrotar através do processo majoritário comum, e, não obstante, o governo tem de maneira prospectiva modificado a legislação para evitar o escrutínio negativo pelo Conselho. Segundo Tate (1995, p.

30), amparado por Stone, uma vez que sua função judicial se concentra no exercício do controle de constitucionalidade, o Conselho Constitucional pode ser considerado até como um terceiro ramo do poder legislativo, do que como órgão da Justiça Comum. Sendo uma das instituições mais típicas do direito constitucional francês, é composto por nove membros, cujos mandatos são de nove anos, sendo vedada a imediata recondução para um mandato subsequente. O Conselho se renova a cada três anos em um terço de seus componentes, em que três integrantes são indicados pelo presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado. Já o presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo presidente da República, sendo seu voto de qualidade e decisivo em caso de impasse (FAVOREU, 2004, p. 93-94).

Segundo Vianna *et al* (1999, p. 47), o papel de guardião das liberdades e dos direitos fundamentais do cidadão somente se consagrou durante o governo do presidente Roger Frey (1974-82), quando foi concedido a grupos de parlamentares o direito de apelar ao Conselho, permitindo que uma minoria questione a vontade soberana expressa pela maioria parlamentar. Além disso, o Conselho decidiu que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o preâmbulo da Constituição de 1946 possuiriam *status* de norma constitucional, sobrepondo-se aos legisladores da mesma maneira em que os artigos da Carta de 1958.

As decisões do Conselho não podem ser contestadas pelo Parlamento, ou pela administração nem por qualquer membro da categoria dos magistrados, revelando-se um órgão *sui generis*, não pertencente a nenhum dos três poderes. Nas palavras de Lafon (1995, p. 298): “*The Constitutional Council exercises its influence in all the domains of law – not only constitutional law, but also civil law, criminal law, procedure, and international law*”.

O artigo 37, alínea 2, da Constituição vigente francesa prevê que os textos de caráter legislativo podem ser delegados, integralmente ou em parte, ao Conselho. Trata-se de uma exceção, lembrando que o referido órgão não é uma terceira Câmara do Parlamento. Sobre os efeitos da intervenção do Conselho Constitucional sobre a vida política, Favoreu (2004, p. 102) pontua:

Em primeiro lugar, o controle exercido pelo Conselho Constitucional contribuiu, de maneira decisiva, para pacificar a vida política. Isto aconteceu em diversas ocasiões. A paixão sempre diminuía depois que a decisão do Conselho Constitucional era proferida. Se o controle das leis preenche essa função é porque a oposição tem à sua disposição um meio de assegurar que a maioria não ultrapasse os limites fixados pela Constituição.

#### 4.4. Nos Eua

Conforme Shapiro (1995, p. 43) “*If any nation is the peculiar home of the expansion of judicial power, it is the United States*”. O autor considera que uma das causas para essa judicialização encontra-se no modo distinto de selecionar os juízes, os quais possuem características peculiares e decisivas que contribuem na intensificação do fenômeno, diferentemente do modelo europeu e britânico. Isso se deve, conforme seu relato, aos seguintes aspectos:

*Continental judges are recruited right after their initial legal education and spend their lives in a government service that itself is closely aligned with the rest of government service and neatly segregated from private practice. The British judiciary is recruited from a relatively closed and elite subclass of lawyers who are taken their briefs indifferently from both government and its opponents. The American judiciary is recruited very largely from among middle-aged, successful in private enterprise, typically have little or no experience in government, and typically have built some substantial portion of their success on representing interests heavily regulated by government. The American judge typically comes to the bench after life of deep and direct involvement in the private sector and of representing private clients against government rather than vice versa. American judges thus bring to the bench a wealth of knowledge needed and the inclination to intervene in affair of the private sector that their continental counterparts certainly do not have and their English counterparts have far less. And they bring the perspectives of the governed rather than that of the governors (SHAPIRO, 1995, p. 44-45).*

Dessa maneira, o fato de o corpo dos magistrados americanos possuírem vastas experiências pretéritas no setor privado, trabalhando, por vezes, contra o próprio Estado em suas causas, justifica sua inclinação de interventor nos assuntos políticos em prol de um interesse capitalista globalizado. Nesse sentido, o marcante processo de judicialização da política norte-americana encontra-se diretamente relacionada ao objetivo primordial dos Estados Unidos em manterem-se ligados ao ideário liberal. Para proteger o livre mercado, legitima-se a Suprema Corte a desempenhar uma conduta ativista, limitando o Estado ou qualquer legislação social quando necessário.

Sendo fundamental sua função na Judicialização da Política americana, a Suprema Corte desenvolveu uma atuação ativa ao interpretar e expandir as definições e delimitações contidas na Constituição, de modo a ocupar um espaço cada vez maior na esfera política. Vieira (2002, p. 61) afirma que em nenhum outro lugar os juízes assumiram um papel de tamanho destaque, citando o exemplo da eleição presidencial do ano de 2000, em que a Suprema Corte arbitrou a favor do candidato George W. Bush, em detrimento da maioria de votos obtida pelo adversário Al Gore.

Esse ativismo da Suprema Corte, órgão capaz de até bloquear ações do Congresso e do Presidente da República, teve início com o caso *Marbury vs. Madison*,

ganhando destaque a partir de 1890. A quebra da bolsa de Nova York em 1929 modificou esse quadro com a implementação da política do *New Deal* do governo do presidente Roosevelt, em que a Suprema Corte se recolhe a uma posição mais passiva, permitindo a ascensão do Estado Social, que buscava oferecer assistência às classes mais necessitadas (VIEIRA, 2002, p. 61; 69). A respeito do grau de influência dos precedentes judiciais da Suprema Corte sobre os demais poderes, Vieira (2002, p. 62) realiza a seguinte anotação:

Em determinados momentos assume o papel de limitador da vontade da maioria, substituindo decisões tomadas pelo parlamento, por julgados fundados na sua interpretação da Constituição. Em outros períodos limita-se apenas a buscar tutelar os procedimentos estabelecidos pela Constituição para o funcionamento do procedimento democrático, não se imiscuindo com os resultados produzidos por este procedimento.

Assim, analisando a história americana, a interna ideologia interpretativa do mencionado órgão jurisdicional não se revela uma constante; mas, independentemente de suas mudanças, sempre reflete em consequências no espaço político.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A passagem do Estado Liberal clássico ao Estado Constitucional mostra-se relevante, uma vez que permite a compreensão dos pressupostos e das condições que deram ensejo à consecução da Judicialização da política. Durante o liberalismo, predominava o ícone da legalidade, a qual era a única fonte de defesa da sociedade frente aos arbítrios e sentimentos passionais do príncipe. Nesse diapasão, o Judiciário se mantinha neutro, em sintonia com a política do Estado mínimo. O positivismo exegético, contudo, foi incapaz de conter as violências e desastres trazidos pela ditadura nazista, bem como insuficiente para suprir as demandas oriundas do pós-guerra.

O Estado modifica sua conduta, deixando de abster-se para providenciar políticas públicas e assistência social e econômica à sociedade, abrindo espaço para a constitucionalização de normas sociais programáticas, cuja dependência de uma regulamentação combinada com uma viabilização orçamentária prejudica a produção de todos os seus efeitos. O Estado Constitucional veio a emergir com a ideologia pós-positivista (neopositivista, dada a atribuição de força normativa aos valores e princípios), defendendo a supremacia da Constituição Federal frente às demais normas, o que autorizava o controle de constitucionalidade exercido por juízes e tribunais, e a admissão do papel de intérprete do ordenamento jurídico ao Judiciário, diante de qualquer indeterminação normativa.

A perda da característica de neutralidade dos juízes não ocorreu subitamente, mas em face de uma cadeia de fatores históricos, econômicos, ideológicos, sociais e políticos. A evolução do Estado, rumo ao Estado Constitucional contemporâneo, trazendo novos dilemas e anseios da sociedade, torna insustentável a inércia decorrente de seus administradores e legisladores. O Judiciário surge como última instância para o alcance do equilíbrio entre os poderes estatais, que devem manter harmonia e interdependência estipuladas na Carta Política vigente, dando azo ao fenômeno da Judicialização da Política.

No intuito de honrar essa função, utiliza-se do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos contrários aos preceitos constitucionais, bem como do constante, mas necessário, exercício de atividades atípicas, ao resolver questões de responsabilidade dos outros poderes, sempre buscando proteger e garantir os direitos fundamentais dos que recorrem ao Judiciário.

Além da Constituição Federal, abrigo do princípio da Separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos, o sistema democrático também legitima a justiça constitucional a impor-se perante qualquer órgão dos Poderes políticos que permaneça silente ou autoritário em face dos preceitos da Carta Política. Mesmo não seguindo o regime eleitoral para se compor o Judiciário, sua legitimação não se torna menos concreta e fundamental, na medida em que possibilita o contato direto com profundas e peculiares necessidades dos indivíduos recorrentes, os quais, embora minoria, nutrem a esperança de alcançar o necessitado. Assim, o relevante e crescente papel do Judiciário na composição e aplicação das políticas públicas não decorre apenas do controle de constitucionalidade, seja abstrato, seja difuso, e da adoção da posição ativista de juízes e tribunais, mas também da iniciativa dos próprios atores políticos na figura de grupos minoritários em busca de derrotar as decisões majoritárias do parlamento por meio da instância jurídica. Há, portanto, uma transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, que assume a responsabilidade de revisar e implementar políticas públicas, oferecendo segurança e sustento ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Sendo uma das consequências, mesmo que indireta, da constitucionalização do direito – e do próprio advento do Estado Constitucional contemporâneo, com seus caracteres marcantes da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, da democracia material decorrente do Estado Social e da Força Normativa da Constituição – a Judicialização da Política promoveu um rebalanceamento no sistema de freios e

contrapesos brasileiro, ao ampliar as dimensões de conflito competentes ao Judiciário, bem como a sua afirmação como instância contramajoritária, sustentando-se na proteção de bens jurídicos que não devem sucumbir à vontade da maioria, o que acaba por preservar o ideário democrático.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum: 2008.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito editorial, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Costituzionale**. 6ª Ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 132**, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+132%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cucobc8>> Acesso em : 5 fev. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Ano 2, nº08. p. 7882/7883.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2011.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A evolução da jurisdição constitucional na França. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>> Acesso em : 17 jan. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DUGUIT, Leon. **La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789**. Trad.: Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

- FREITAS NETO, José Alves de; TASINAFÓ, Célio Ricardo. **História Geral e do Brasil**. São Paulo: Harbra, 2006.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo; CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. O Fenômeno da judicialização da política: tensão entre democracia e constitucionalismo. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 107-118, anual, 2009.
- GOMES, Fabio Guedes . Conflito social e welfare state : Estado e desenvolvimento social no Brasil . **Revista de administração pública: RAP**. Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, p. 201-236, mar./abr., 2006.
- GUARNIERI, Carlo. Judicial Independence and Policy – Making in Italy. In. TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 243-259.
- KANTOROWICZ, Hermann. La Lucha por la Ciencia del Derecho. In: **La Ciência del Derecho**. Trad.: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.
- LAFON, Jacqueline Lucienne. France. In. TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 289-305.
- LAURIS, Élide. Entre a neutralidade política e a responsabilidade social: os dilemas de afirmação da independência judicial no Estado moderno. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 233-276, jul./dez., 2011.
- LUNARDI, Soraya. **Teoria do Processo Constitucional: Análise de sua autonomia, natureza e elementos**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas 1787-1788**. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MARMELSTEIN, George Lima. 25 anos da Constituição de 1988: Presente Passado e Futuro. In: **25 anos da Constituição de 1988: Os direitos fundamentais em perspectiva**. ROCHA, Maria Vital da; CARVALHO, Paulo Rogério Marques de (org.). Fortaleza: Expressão Gráfica, 2013. p. 13-35.
- MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e Estado Social de Direito. **Revista Mestrado em Direito**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 71-86, jul./dez., 2007.
- MESSIAS, Gretha Leite Maia de; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Estado securitário, biopolítica e atuação do judiciário**. 2013. 189 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.
- NUNES JUNIOR, Armandinho Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun., 2008.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 1975, v. 1.
- RITTER, Gerhard A. **El Estado Social, su origen y desarrollo em una comparación internacional**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

SARFATTI, Gilberto. O dilema de governança do Estado de bem-estar social em face da globalização. **Revista de Economia & Relações Internacionais**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 97-111, jan., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição em perspectiva histórico-evolutiva – Dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In.; \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 35-51.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SHAPIRO, Martin. The United States. In. TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 43-66.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos - Reserva do Possível**. Porto Alegre, 2010. v.1.

SCHWEICKERT, Rainer. A transformação do Estado de bem-estar social europeu. In: **Cadernos Adenauer 1: Pobreza e política social**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 71-83.

TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power? In. TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALLER, Renata Castanheira de Barros. A judicialização da política no Brasil. **Fórum Administrativo: direito público**, Belo Horizonte, ano 12, v. 12, n. 131, p. 39-43, jan., 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Fragilità e forza dello Stato costituzionale**. Napoli: Editoriale Scientifica srl, 2006.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da Separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33-72.