

7^C
CONGRESO
LATINOAMERICANO DE
CIENCIA POLÍTICA
BOGOTÁ 2013

alacip
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA CIENCIA POLÍTICA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM ESTUDO SOBRE A DISTRIBUIÇÃO
DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO**

Hugo Henry Martins de Assis Soares
Universidade Federal de Goiás
hugo.hmas@hotmail.com

Área Temática IV. Instituciones
políticas y conflicto interinstitucional

Trabajo preparado para su presentación
en el VII Congreso Latinoamericano de
Ciencia Política, organizado por la
Asociación Latinoamericana de
Ciencia Política (ALACIP). Bogotá, 25
al 27 de septiembre de 2013

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM ESTUDO SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

Hugo Henry M. A. Soares¹

RESUMO: A alteração na distribuição dos *royalties* devidos em virtude da exploração de petróleo entre os entes federativos se faz presente nos atuais debates políticos. Constata-se o ingresso de Ações Diretas junto ao Supremo Tribunal Federal, a questionar a constitucionalidade da lei modificadora, uma prática cada vez mais utilizada, de submeter ao Judiciário determinadas questões controversas da sociedade brasileira. Esta atuação mais ampla no processo político-decisório acarreta o que se entende por judicialização da política. Questiona-se o Judiciário como corresponsável pela efetividade da questão democrática, através da participação política no processo decisório e tal assertiva há de ser desenvolvida a partir da análise da partilha dos *royalties* no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização; *Royalties*; Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

Há uma evidente tendência ao crescimento nos estudos sobre o Poder Judiciário, sob uma perspectiva política, constatada a partir do interesse de autores, bem como inclusão desta temática nas mesas de eventos de Ciência Política.

Através das mais diversas decisões judiciais, há uma influência substancial no cenário político, social e econômico nacional. O que se quer dizer com isto é que a atividade jurisdicional não se limita ao Direito e o que nele irá causar. Ao contrário, deve-se estar atento para toda a ligação que há entre uma decisão judicial, seja ela de qual grau for, e o desenvolvimento (não limitado ao aspecto econômico) do país.

A participação do Judiciário nos processos decisórios apresenta algumas razões de ser, a serem desenvolvidas ao longo do presente trabalho. Insta mencionar que o Judiciário carrega consigo a concepção de ator passivo, uma vez que deve ser acionado por atores externos para que se obtenha qualquer efeito desejado.

Percebe-se assim, a necessidade de se empreender maior estudo ao Poder Judiciário sob uma abordagem política, com importação de algumas compreensões do Direito e não se limitar somente à análise desta última área do conhecimento. Sob esta abordagem, surge, então, a necessidade de expandir tal tema à Ciência Política.

Neste sentido, Gisele Cittadino (2002, p.17) entende que:

A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de

¹ Email: hugo.hmas@hotmail.com. Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Goiás. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca.

muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

Diante disso, o presente trabalho pretende abordar um tema recente nas discussões políticas, qual seja, a alteração na atual regra de distribuição dos *royalties* e participações especiais do petróleo, com o enfoque de se submeter ao Poder Judiciário decisões controversas da política nacional, inclusive a acima referida. Na ampliação da atuação do Judiciário, com o conseqüente protagonismo da atividade jurisdicional está a definição de judicialização da política.

Em síntese, analisar-se-á o fato de ser o Poder Judiciário corresponsável pela efetividade da questão democrática, pela sua participação política no processo decisório nacional, a corroborar a ideia de poderes harmônicos e que caminhem de acordo, que no presente trabalho será feito a partir da análise da discussão sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo.

2. LEVANTAMENTO FÁTICO

Tema recente nos debates políticos brasileiros se refere à alteração na distribuição dos *royalties* e participações especiais devidos em virtude da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos entre os entes federativos.

O termo *Royalty* advém da língua inglesa, em derivação da palavra *royal*, que designa "aquilo que pertence ao Chefe de Estado, ou é relativo ao rei, monarca ou nobre Inventor, que se encontra sob a guarda do rei para o bem do Estado, por ser de real interesse deste e da Nação", podendo ser usada também para se referir à realeza ou nobreza.

Entende-se uma quantia paga, de natureza indenizatória, relativa, por exemplo, à extração de recursos naturais minerais, no caso em análise, petróleo, em que há a cobrança de determinada porcentagem do valor final do produto extraído. No Brasil o petróleo pertence à União, conforme a Constituição Federal², portanto, os *royalties* são pagos a ela.

Não cumpre entrar profundamente nos detalhes técnicos da polêmica, por outro lado se faz importante uma reconstituição fática para melhor contextualização do tema proposto.

No ano de 2006 a Petrobras (Petróleo Brasileiro S.A) anunciou a descoberta de petróleo de boa qualidade na camada pré-sal que, em resumo, se trata de "um tipo de rochas sob a crosta terrestre formadas exclusivamente de sal petrificado (...) esse tipo de rocha mantém aprisionado o petróleo recentemente descoberto"³.

Pelo fato dessa então recente descoberta, o Governo Federal lançou uma proposta de novo marco legal para exploração de áreas estratégicas como o pré-sal. A proposta era composta de quatro projetos de lei a tratarem da introdução do regime de

² Dispõe o artigo 20: "São bens da União: (...) IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo".

³ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Camada_pr%C3%A9-sal#O_pr.C3.A9-sal_brasileiro>. Acesso em 24 de abril de 2013.

partilha de produção; da criação de uma nova empresa pública; da criação de um fundo social e da cessão de direitos de pesquisa e lavra da União e capitalização da Petrobras. A discussão maior se deu em razão do regime de partilha, especificamente através do Projeto de Lei nº 5.938/2009, como dito anteriormente, de autoria do Executivo Federal⁴.

Ao Projeto de Lei foi proposta a Subemenda Substitutiva Global ao Substitutivo, que dispunha sobre alterações ao texto original, especificamente em relação a um critério de distribuição de *royalties*, eliminação da cobrança de participação especial e aumento da alíquota dos *royalties* de 10% para 15% quando da produção de petróleo e gás natural sob o regime de partilha de produção.

Quanto à regra de distribuição, a proposta destinaria 44% da parcela dos *royalties*, nos contratos de partilha de produção, para todos estados e municípios. A esses caberia 22% da arrecadação dos *royalties*, de acordo com o critério de partilha do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE). Os outros 22% seriam distribuídos entre todos os municípios, conforme o critério de partilha do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Em relação aos *royalties* referentes à camada do pré-sal já licitado, se manteria o percentual para os estados produtores, a redução da parcela dos municípios produtores de 26,5%, em média, para 18%, a redução dos municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de 8,75%, em média, para 5%, bem como a redução da parcela da União de 30%, em média, para 20%, fato este que viabilizou um aumento da parcela dos *royalties* para os demais estados e municípios de 8,75%, em média, para 30,75%, sendo 22% para os estados não produtores e 8,75% para os municípios não-produtores, de acordo com critérios de distribuição, respectivamente, do FPE e FPM.

Quanto à participação especial, a Subemenda propôs que a parcela da União fosse reduzida de 50% para 35%. Essa diferença seria destinada aos Estados não produtores (10%) e aos Municípios não produtores (5%), também de acordo com os critérios do FPE e FPM.

À Subemenda Substitutiva Global, propôs-se pelos parlamentares Humberto Souto e Ibsen Pinheiro, uma Emenda, de número 387, conhecida como Emenda Ibsen, com o seguinte texto:

Inclua-se o seguinte art. 45 ao substitutivo, renumerando-se os demais, e suprimindo-se, por conseguinte, as alíneas de “a” a “e” do inciso II do art. 44: “Art. 45. Ressalvada a participação da União, a parcela restante dos royalties e participações especiais, oriundos dos contratos de partilha de produção e de concessão de que trata a Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:

I – 50% para constituição de Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os

⁴ Projeto de autoria do Executivo Federal, com a seguinte ementa: “Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do Pré-Sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. **Explicação da Ementa:** Projeto do pré-sal. Altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, Lei do Petróleo.”

critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados – FPE;

II – 50% para constituição de Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

Percebe-se aqui uma relevante alteração nas regras até então adotadas, justamente pelo fato de não se fazer distinção entre os entes federativos produtores e não produtores, criando assim uma grande polêmica sobre o assunto, pelo fato de não estabelecer nenhum privilégio aos estados e municípios produtores.

A discussão se dá justamente sobre a distribuição que será dada a esses *royalties* entre os diversos entes da federação, e, principalmente, entre os produtores e não produtores. De acordo com a legislação brasileira, estados e municípios produtores - além da União - têm direito à maioria absoluta dos *royalties* do petróleo. A divisão atual é de 40% para a União, 22,5% para estados e 30% para os municípios produtores. Os 7,5% restantes são distribuídos para todos os municípios e estados da federação.

Os estados e municípios não produtores se sustentam no argumento de que, se o petróleo é da União, deverá haver distribuição igualitária, enquanto os produtores defendem a ideia de maior porcentagem aos estados e municípios em que é realizada a extração, por diversos motivos, dentre eles, impacto ambiental e preparação do ente para quando da extinção do recurso mineral.

Instaurado o debate, a lei não entrou em vigor em razão do veto do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva à proposta de emenda, para evitar desgaste político principalmente com o estado do Rio de Janeiro. Entretanto, com todo o debate realizado, deflagrou-se um processo de resolução da questão de distribuição dos *royalties* do petróleo.

Sendo assim, propôs-se no Senado Federal um projeto de lei⁵ em que a distribuição dos recursos dos *royalties* do petróleo seria mais igualitária entre estados membros e municípios produtores e não produtores. A divisão aprovada é de 30% dos *royalties* destinados aos Estados, 30% aos municípios e 40% à União, sem tratamento diferenciado para os produtores.

Aprovado pelo Senado, o projeto foi remetido à Câmara dos Deputados, que também o aprovou na data de 06 de novembro de 2012, e assim, enviado à Presidência da República para sanção.

Remetido o projeto para a Presidente da República, Dilma Roussef, decidiu ela pelo veto do projeto, e editou para tanto, uma medida provisória (MP 592/12) que estabelece a mudança de cálculo só para contratos realizados futuramente.

Retornada a questão para as Casas Legislativas, decidiram estas pela derrubada do veto presidencial, de forma que foi promulgado projeto de lei, como Lei Ordinária de nº 12.734/2012, de 30/11/2012, com a seguinte ementa:

Modifica as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para

⁵ Projeto de lei nº 448/2011, de autoria do senador Wellington Dias, PT/PI. O projeto chegou à Câmara sob o nº 2565/2011.

aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha.

Entretanto, esta derrubada do veto não foi tão simples, pelo fato de a questão ter sido remetida ao Supremo Tribunal Federal (STF), através de mandados de segurança de parlamentares^{6 7}, em que o ministro relator Luiz Fux concedeu a liminar requerida, para sobrestamento da votação do veto, a obrigar, portanto, que o Congresso Nacional votasse todos os demais três mil vetos anteriores ao aqui discutido, ou seja, que respeitasse a ordem cronológica dos vetos.

Essa decisão paralisou os trabalhos legislativos e causou ainda uma incerteza, já que a votação do Orçamento da União de 2013 ficou adiada até que se resolvesse o impasse do veto presidencial. Entretanto, submetida a liminar ao Plenário do Supremo⁸, a maioria dos ministros votou contra a liminar para que o Congresso, então, pudesse deliberar sobre a matéria.

Diante do imbróglio político, e, principalmente, econômico, causado entre os estados e de alguns deles com o governo federal, resolveram os estados prejudicados, após longas discussões e reuniões, submeter a questão ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI)⁹, que foram recebidas pela ministra Carmem Lúcia, tendo ela decidido liminarmente pela suspensão do novo sistema de distribuição dos *royalties* de petróleo, se justificando na dificuldade de desfazimento dos efeitos. A decisão é provisória e ainda precisa ser referendada pelo plenário do tribunal para se tornar definitiva.

A justificativa para ingresso com as ADI's está no fato de entenderem os estados membros prejudicados se tratar de uma problematização constitucional, a ser submetida, portanto, ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição. Quanto a isso, o que se verifica na análise de importantes decisões do Supremo quanto a temas relevantes ao cenário político nacional é que tais problemas políticos controversos são articulados como problemas constitucionais.

Importante um estudo sobre o Poder Judiciário, sob a perspectiva proposta, pelo papel político e relevância no sistema (político) nacional e na tomada de decisões governamentais, com impacto substancial na formulação e implementação de políticas públicas, a influenciar, inclusive, o processo eleitoral.

⁶<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226549&caixaBusca=N>>. Acesso em 24 de abril de 2013.

⁷ Acompanhamento processual dos MS 31814 e MS 31816, disponível, respectivamente, em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4345732> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4345967>. Acesso em 24 de abril de 2013.

⁸<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098&caixaBusca=N>>. Acesso em 24 de abril de 2013.

⁹ Acompanhamento processual das ADI'S 4916, 4917, 4918 e 4920, respectivamente em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4379372>>; <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4379376>>; <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4379708>>; <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4379747>>. Acesso em 29 de abril de 2013.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.1. Introdução

O Brasil, no período compreendido entre os anos 1964 e 1985, vivenciou um regime ditatorial, autoritário, em que houve a supressão aos indivíduos, principalmente, de direitos fundamentais individuais, provocada pelo próprio Estado.

Posterior a esse período, houve um processo de redemocratização, iniciado com a extensão da utilização do sufrágio à escolha presidencial, no ano de 1985 e que culminou com a promulgação da Constituição Federal em 1988, apelidada de “Constituição-cidadã”, pela essência normativa que trazia consigo, restauradora de direitos e garantias aos indivíduos.

À ocasião a Assembleia Nacional Constituinte fez constar na Constituição um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, dentre diversos outros dispositivos (daí classificá-la como Constituição analítica) que visavam à contenção do poder estatal, em prol dos direitos individuais, bem como estabilização do Estado Democrático (artigo 1º, *caput*, CF/88) e do sistema político nacional.

Dentro da ótica de redução do poder estatal e prevalência do Estado Democrático, é de extrema necessidade o respeito às normas constitucionais, de forma que, para tal, estabeleceu-se, na Constituinte de 1988, ao Supremo Tribunal Federal (aqui entendido como Corte Constitucional) a função de guardião¹⁰ da Constituição Federal e, conseqüentemente, detentor do controle dos demais poderes (Executivo e Legislativo). Naquele momento, houve a diminuição de suas competências, inclusive, com transferência de algumas ao Superior Tribunal de Justiça, para que houvesse maior fiscalização à efetivação dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Para tanto, constata-se a ampliação do controle normativo pelo Poder Judiciário, com o direcionamento do papel dos Tribunais, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, às políticas públicas e à governabilidade. Percebe-se aqui, portanto, a participação que passou a ter no processo político-decisório nacional, em contraposição à ideia de o cenário político-decisório nacional ser amplamente centrado nos poderes Executivo e Legislativo, através de seus representantes, especialmente, em nível federal, Presidente da República e Congresso Nacional.

Sobre a ampliação do Poder Judiciário, Boaventura de Sousa Santos, ao estabelecer uma comparação entre a atuação desse Poder anterior à década de 70/80 com as decisões contemporâneas entende que:

Contudo, esses momentos de notoriedade se distinguem do protagonismo dos tempos mais recentes em dois aspectos importantes. Em primeiro lugar, em quase todas as situações do passado os tribunais se destacaram pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em segundo lugar, tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada. Em

¹⁰ Artigo 102, *caput*, da Constituição de 1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a **guarda da Constituição**, cabendo-lhe (...) (grifo meu)”.

contraste, o protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para, pelo contrário, parecer corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário (Santos *et alii*, 1996).

A discussão quanto ao pacto federativo e separação de poderes tomou novos rumos no mês de abril e maio passado a partir do embate, classificado por determinados setores da mídia como “crise”, entre Legislativo, através do Congresso Nacional, e Judiciário, especificamente Supremo Tribunal Federal.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2011¹¹, em tramitação na Câmara dos Deputados, aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça daquela casa, tem por finalidade alterar determinados dispositivos constitucionais referentes à atuação do Poder Judiciário, condicionando determinadas decisões deste ao Congresso Nacional no que se refere à inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, dentre outras deliberações, com evidente controle quanto à atuação atual do Poder Judiciário. Com grande repercussão midiática, esta PEC parte do pressuposto de haver ingerências do Judiciário quanto à produção legislativa, competência originária do próprio Poder Legislativo, causando neste, inconformismos^{12 13}.

Por outro lado, concomitante à discussão sobre a PEC acima mencionada, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, na figura do relator ministro Gilmar Mendes, sobre a criação de partidos políticos no Brasil. Em liminar deferida, o ministro Gilmar

¹¹ Proposta enviada pelo parlamentar Nazareno Fonteneles (PT/PI) com a seguinte ementa: “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”.

¹² O proponente da PEC, Deputado Nazareno Fonteneles, em artigo publicado defende as suas ideias, classificando a PEC como “vacina contra o vírus mutante do despotismo legislativo do Supremo Tribunal Federal”. Artigo disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2013/05/1273306-nazareno-fonteles-contr-a-despotismo-legislativo-do-stf.shtml>>. Acesso em 04 de maio de 2013.

¹³ Possível estabelecer aqui uma conexão entre tal fato e o lecionado por Montesquieu (2005, p. 167) ao entender que “(...) os príncipes que quiseram tornar-se despóticos, começaram sempre por concentrar em sua própria pessoa todas as magistraturas”. O texto da PEC prevê a necessidade de quatro quintos dos votos dos membros de tribunais ou de respectivos órgãos especiais para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição, ou seja, ficam estabelecidas ao Legislativo questões essencialmente destinadas ao Judiciário, e, assim, fica caracterizada a vontade do legislador (aqui estendo à ele a ideia de “príncipe”) de concentrar para si poderes e competências referentes à outro poder.

Mendes suspendeu a tramitação, no Congresso Nacional, do projeto de lei que cria restrições para a criação de novos partidos políticos e afirmou se tratar de projeto “casuisticamente forjado” para restringir direitos fundamentais de grupos políticos minoritários e configura “nítida situação de abuso legislativo”.

A requisição foi realizada através de mandado de segurança, pelo senador Rodrigo Rollemberg (PSB/DF), em que se pede o arquivamento do Projeto de Lei (PL) 4470¹⁴ – aprovado pela Câmara e recebido no Senado Federal como PLC 14/2013.

O ministro Gilmar Mendes votou pela concessão da segurança, decisão esta não compartilhada pela corte, que, por sua maioria, denegou o mandado de segurança e cassou assim, a liminar deferida pelo ministro relator.

Estes dois casos recentes reacenderam a discussão sobre judicialização da política, em que se deve estudar a relação entre os poderes e os fatores que influenciam na ampliação da atuação do Poder Judiciário.

3.2. Conceito

Passado o apanhado histórico, importante se faz uma conceituação de judicialização da política.

O termo surgiu na obra conjunta de alguns autores e editada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, a partir da qual se verificou não se tratar de um fenômeno isolado a acontecer tão somente nos países ocidentais, principalmente Estados Unidos, mas com aplicações e efeitos em todas as regiões do mundo, de interação entre política e direito, em países como Israel, os pós-comunistas, Namíbia, Filipinas e Sudeste Asiático, dentre diversos outros.

Na referida obra, Torbjörn Vallinder (1995, p. 14) entendeu judicialização da política como:

A expansão da jurisdição das cortes ou juízes em detrimento dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisão do legislativo, executivo ou serviço público para as cortes ou, pelo menos, a extensão dos métodos de tomada de decisões judiciais para fora da seara (província) judicial adequada (tradução minha¹⁵).

Neal Tate (1995, p. 28), ao seguir o conceito dado por Vallinder, infere que judicialização da política sugere dois significados, quais sejam:

1. o processo pelo qual cortes e juízes tendem a fazer, cada vez mais, para dominar as decisões de políticas públicas que eram tomadas previamente (ou se acredita que deveriam ser tomadas)

¹⁴ Proposta pelo Deputado Edinho Araujo (PMDB/SP), com a seguinte ementa e explicação: “**Ementa:** Altera as Leis n.ºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. **Explicação da Ementa:** A migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”.

¹⁵ “*The judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper*”.

por outras agências governamentais, especialmente legislativas e executivas e 2. o processo pelo qual negociações não judiciais e fóruns de tomada de decisão são dominados por quase-judiciais (legalistas) regras e procedimentos (tradução minha¹⁶).

No Brasil, o tema foi trazido por Marcus Faro de Castro (1997), para o qual “a judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas”. Para ele, o fenômeno tem dois componentes:

(1) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros).

Assim, um conceito amplamente utilizado de judicialização da política refere-se à expansão das cortes e juízes em detrimento dos políticos e/ou administradores, ou seja, uma transferência das tomadas de decisão do Legislativo e Executivo às cortes, a partir de determinadas condições políticas.

Neste sentido, Neal Tate (1995, p. 27/32) aponta sete condições políticas que aparecem na promoção da judicialização da política: 1. Democracia; 2. Separação dos poderes; **3. Direitos políticos, neste ponto a entender que os direitos das minorias e dos indivíduos podem ser um relevante aspecto contra a supremacia majoritária;** **4. Uso dos tribunais pelos grupos de interesse, a consideraram o Judiciário para realização de seus interesses e objetivos;** 5. Uso dos tribunais pela oposição; 6. Não efetividade das instituições majoritárias; 7. Percepções das instituições tomadoras de decisão; 8. Delegação pelas instituições majoritárias¹⁷ (grifo meu).

Ainda, Hirschl (2009, p.139/140) apontou na contemporaneidade “uma transferência de poder de instituições representativas para Tribunais”, em que a judicialização da política é definida como o “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”¹⁸. Há o deslocamento para os tribunais de

¹⁶ “1. *The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures*”.

¹⁷ Carvalho (2004, p. 120/121) expõe, neste sentido, que: “O mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro, embora, algumas condições, apesar de formalmente estabelecidas, não se tenham mostrado realidades factíveis”.

¹⁸ Hirschl (2009, p. 142/147) distingue três categorias de judicialização da política, a seguir expostas: a) entendida como a disseminação do discurso jurídico (judicialização das relações sociais), ou seja, há a dominação de regras e procedimentos jurídicos, característica esta da complexidade das sociedades modernas. Há uma necessidade sistêmica em se adotar normas e

questões políticas centrais e polêmicas, de extrema relevância à democracia de determinado Estado.

Nesta perspectiva, Dahl (1957) entende o Judiciário (o autor faz referência à Suprema Corte dos Estados Unidos da América) como uma instituição “para se obter decisões sobre questões controversas da política nacional”¹⁹ (tradução livre). Entende-se assim que, quanto maior a expansão/aumento da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário, maior restrição sofrerão os demais poderes (Häberle, 1997, p. 49).

Vanessa Elias de Oliveira (2005, p. 560) conceitua judicialização como “a capacidade de o Judiciário intervir em políticas públicas, interferindo ou alterando, em alguns casos, o *status quo* vigente, e, a considera para tanto dentro de um processo de três fases (“ciclo da judicialização”). Para ela, o primeiro momento se dá quando há o ajuizamento da ação no Judiciário, ajuizamento este conceituado por *politização da justiça*. Posteriormente, há o julgamento do pedido liminar, caso exista. E, por fim, em um terceiro momento, a análise do mérito pelo Tribunal, fato este que enseja a “*judicialização da política* propriamente dita”.

Quando Oliveira (2005) menciona a necessidade de julgamento do mérito pelo Tribunal como condição *sine qua non* da judicialização da política, ela desconsidera aqueles procedimentos judiciais que ainda não tiveram a decisão definitiva, até mesmo as decisões em sede de liminar, por ainda não haver “interferência do Judiciário na política”.

Essa afirmação da autora não condiz com o efeito causado pelos procedimentos judiciais que não tiveram o mérito decidido na política. Parto da ideia de que levar determinado tema aos tribunais já é extremamente relevante para a política nacional, uma vez que ali foi aberto o debate, a discussão, em que se trabalhará a partir dos pontos controversos no procedimento judicial. A intervenção e interferência no *status quo* às quais ela se refere restariam realizadas, pelo fato de emergir a deliberação pela sociedade em relação àquele determinado tema.

A assertiva acima pode ser comprovada com o caso em estudo, da distribuição dos *royalties* do petróleo, uma vez que, com o acionamento do Judiciário incentivou-se a discussão em torno desse assunto, ao ponto de a sociedade se envolver com os fatos subsequentes.

Além do que, a decisão em sede de liminar da ministra Carmem Lúcia que suspendeu a decisão do Congresso Nacional no que se refere à distribuição igualitária entre os estados membros, ocasionou um debate sobre a relação entre os poderes e consequentemente, interferiu no jogo político do país.

regulamentações jurídico-administrativas. O autor trata este fenômeno como “juridificação” da vida moderna, em que se percebe a substituição do *status* ou escambo pelo contrato; b) refere-se à elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle de constitucionalidade. Trata-se da expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, com a proteção de direitos constitucionais e remarcação judicial dos limites entre os órgãos do Estado. Define esta segunda categoria como a “judicialização vinda de baixo”; c) e, por fim, a transferência para os tribunais de questões controversas e relevantes do cenário político nacional que definem comunidades inteiras, definida como megapolítica. Aqui o autor percebe uma transição para a “juristocracia”, uma vez que há o envolvimento de dilemas morais e políticos e não jurídicos. Existe entre a segunda e terceira categorias uma “distinção qualitativa entre questões primariamente de justiça processual, de um lado e dilemas morais substantivos ou controvérsias políticas essenciais enfrentadas por toda a nação, de outro”.

¹⁹ “(...) an institution, that is to say, for arriving at decisions on controversial questions of national policy”.

Em resumo, entendo que o mero ajuizamento da ação, bem como a decisão em sede de liminar, são condições suficientes para a ampliação do debate e discussões políticas, em que é completamente possível a interferência e intervenção nas políticas públicas dos poderes representativos, até pelo fato de estes, em futuras deliberações, considerarem os efeitos políticos, eleitorais e sociais de eventuais ações judiciais.

3.2.1. Ativismo judicial x judicialização da política

No julgamento e, principalmente, na suspensão da lei em sede de liminar, das ADI's referentes à distribuição dos royalties do petróleo, não poderiam os estados produtores ser prejudicados pela deliberação e votação da maioria, estados não produtores, sendo-lhes prevista a reivindicação judicial de seus direitos. Óbvio que esta defesa não deve ser deliberada, arbitrária, mas deve haver claramente fundamentos constitucionais e políticos que justifiquem a decisão favorável a eles, sob pena de descumprimento, desrespeito ao princípio democrático.

Na justificação destas decisões há que se buscar a superação da mera subsunção judicial, enquanto técnica de aplicação da norma, a partir da ampliação das possibilidades interpretativas, sem cair, entretanto, no ativismo judicial, ou seja, deve-se intentar pela contraposição aos vários entendimentos e autores, inclusive Montesquieu (2005, p. 167 e 172), que entendem se tratar o juiz de não “mais que a boca que pronuncia as palavras da lei” em que os julgamentos nunca são mais que um texto fixo da lei.

Existe um embate entre alguns autores no que se refere a uma possível distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, se se tratam de conceitos sinônimos ou se há, de fato, alguma diferença na compreensão dos institutos.

Entende-se que há, sim, uma clara distinção. Em breves palavras, por ativismo judicial entende-se a postura do Judiciário para “além dos limites constitucionais”. São utilizadas compreensões dos magistrados tendentes aos valores morais, políticos incorporados em si. Trata-se, portanto, de capacidades interpretativas e convicções pessoais de cada um, refutando para tanto a vinculação a determinados fundamentos necessários quando da tomada de decisões.

O jurista Luis Roberto Barroso (2009, p. 7) preceitua que:

O oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

E, por outro lado, conforme mencionado anteriormente, judicialização da política é um processo de ampliação da atuação do Poder Judiciário na tomada de decisões, movimento este feito em detrimento da atuação dos demais poderes.

Trata-se de um processo externo ao próprio Judiciário, uma vez que a existência da judicialização em nada depende dele. Considera-se como uma questão social, em que o aumento ou diminuição da judicialização não estão relacionados às possíveis medidas realizadas pelo Judiciário.

A distinção está clara em Barroso (2009, p. 17) ao entender:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Em que pese ambos os institutos se referirem à capacidade de atuação do Judiciário, de completa relevância uma distinção, mesmo que em termos gerais, para que não haja confusão no entendimento. Parte dos autores entende se tratarem judicialização e ativismo da mesma coisa, opinião esta não compartilhada por mim.

Judicialização da política há que ser discutida na relação existente entre os poderes, com necessária compreensão do federalismo e separação de poderes, vistos sob um viés eminentemente democrático, enquanto que ativismo judicial se trata de uma compreensão subjetiva do magistrado, ou conjunto de magistrados, a tomarem determinada decisão no caso em específico, a caracterizar, portanto, aspectos arbitrários e personalistas, em que se refuta a existência de uma ideia democrática a partir do momento em que há se extrapolam as competências designadas ao Judiciário.

3.3. Controle de Constitucionalidade: Ações Diretas de Inconstitucionalidade

O que está a ser considerado é a competência originária do Supremo Tribunal Federal para a guarda da Constituição, bem como para processamento e julgamento das ações referentes ao controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. Exerce-se aqui jurisdição sobre a produção legislativa dos demais poderes. Essa jurisdição é invocada

principalmente a partir do ingresso das ações diretas de inconstitucionalidade²⁰. Trata-se de uma via de judicialização consolidada.

Percebe-se a utilização gradativa das ADI's como prática institucional de governadores e procuradores, justificada na ausência de discursos ideológicos e de representação, por, de certa forma, os principais aderentes a esta forma estarem no poder. Assim, aumenta-se a propositura dos governadores e procuradores. Pretende-se neste ponto a defesa dos interesses de um determinado estado membro afetado pela produção legislativa. Há a propositura mesmo em estados cujos governadores são aliados ao governo nacional, sobrepondo-se a questão estadual à federal (Werneck *et alii*, 2007), como é o caso do estado do Rio de Janeiro, em que o atual governador é aliado da Presidente da República, mas que, não por isso, deixou de ingressar com a ação contestando a distribuição dos *royalties*.

Aos governadores de estado é dada legitimidade de propositura de ADI e ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nos termos do artigo 103, V, da Constituição Federal. Entretanto, apesar de figurar no rol dos legitimados para a propositura das ações acima referidas, deve o governador necessariamente expressar a pertinência temática para tal, ou seja, há de ser claramente demonstrado e pormenorizado o interesse do governador na propositura da ação. Trata-se, portanto, de legitimidade especial.

A razão pela qual discorro sobre o interesse e legitimidade dos governadores é que as ações mencionadas na nota nº 9, a exceção da ADI 4918, visando a inconstitucionalidade da lei que dispõe sobre a partilha dos *royalties* do petróleo, foram propostas pelos governadores dos estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo, respectivamente.

Uma constatação que se faz quando da análise dos diversos autores sobre o assunto é que, às vezes, restam unidos, quando do estudo sobre o fenômeno judicialização da política, tanto casos de controle difuso, quanto de controle concentrado de constitucionalidade. Aqui se pormenoriza o controle concentrado, através da ação direta de inconstitucionalidade, por ter sido o meio escolhido pelos parlamentares para a tentativa de resolução do imbróglio da distribuição dos *royalties*.

Apesar de não ser o objeto do presente trabalho, importante se faz mencionar brevemente a necessidade de separação entre as formas de controle de constitucionalidade quando do detalhamento de judicialização, por se tratarem de procedimentos e efeitos diferentes ao ordenamento jurídico e político.

Dentre muitas, a diferença mais relevante para um melhor entendimento se dá quanto ao efeito das decisões dos magistrados. Enquanto no controle difuso a decisão sobre a inconstitucionalidade, em regra, será *inter partes*²¹, ou seja, se restringirá às

²⁰ “Ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. A ADI é um dos instrumentos daquilo que os juristas chamam de “controle concentrado de constitucionalidade das leis”. Em outras palavras, é a contestação direta da própria norma em tese”. Definição retirada de <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>>. Acesso em 29 de abril de 2013.

²¹ Para que a decisão, em sede de controle abstrato, tenha efeito erga omnes necessária se faz a suspensão do ato pelo Senado Federal, conforme se verifica na Constituição Federal: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Entretanto, em que pese tal determinação constitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em um claro caso de ativismo judicial, que cabe ao Senado tão somente dar publicidade ao entendimento judicial, nos termos do julgamento da *Reclamação* 4335-5/AC de relatoria do

partes presentes naquele procedimento judicial, justamente por não ser o objeto principal da ação, no controle concentrado, que tem como objeto central a inconstitucionalidade, o efeito será, também em regra, *erga omnes*, ou seja, declarará a inconstitucionalidade ou não de determinada norma jurídica, decisão esta que afetará todo o ordenamento jurídico e que valerá, portanto, para todos.

A distinção acima proposta se situa na perspectiva de se pensar a judicialização da política enquanto expansão do Judiciário sobre áreas até então dominadas pelos demais poderes, expansão essa que se dá, especialmente, através de decisões sobre questões de controvérsia nacional a valerem para todos (*erga omnes*) e decididas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, principalmente através das ações diretas de inconstitucionalidade, em contraposição a determinadas reivindicações de direitos, de cunho personalista, realizadas em controle concreto/difuso.

3.4. Fatores que contribuem para a judicialização da política

Alguns são os fatores que podem contribuir para o aumento gradativo do fenômeno conhecido por judicialização da política. A primeira delas refere-se à redemocratização do país, ao longo da década de 80, em que se prezou pelo reestabelecimento da democracia, com a conseqüente interação entre os poderes e a não prevalência de algum deles frente aos outros. Houve, com o processo de redemocratização, o fortalecimento e expansão do Poder Judiciário, com o conseqüente aumento das demandas por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa nos remete à compreensão de a Constituição ter instituído direitos e garantias, ou seja, positivadora e abrangente, com a ampliação na competência do Judiciário, e expansão no controle dos demais poderes, em que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade misto colaborou para tal movimento. Sobre isso, Barroso (2009, p. 4) entende que:

(...) constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

E, a meu ver, a terceira causa diz respeito à atuação dos poderes representativos, em que há a prevalência de determinados assuntos, em detrimento de outros, pelos próprios interesses dos parlamentares, fato este que deixa transparecer uma possível omissão em relação a temas importantes da sociedade.

Insta mencionar que a atuação não suficiente dos atores políticos, ao tratar de determinados temas, em muitas vezes é proposital, em que há a preferência pela transferência da responsabilidade decisória, a reduzir assim os riscos para os políticos e instituições nas quais estão inseridos. Evita-se, dentre outras conseqüências, colisões com o governo que gerariam custos políticos altos.

Inegável que uma das explicações para o aumento na atividade do Judiciário, é a nítida “incapacidade do Estado ao assegurar a todos os cidadãos os direitos que lhe

Ministro Gilmar Mendes. Para melhor compreensão do tema, artigo de Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martônio Lima, disponível em <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso-mutacao-constitucional-e-limites-da-legitimidade>>.

são genericamente reconhecidos” (O’Donnel, 1993 *apud* Castro, 1997). O autor aqui se refere à crise de representação existente nas modernas democracias, nas quais os detentores do poder e “violência” estatal não correspondem aos anseios e necessidades da sociedade. Neste momento emerge a premência de uma instituição em que os desejos dos indivíduos possam ser atendidos, em contraposição às lacunas, propositais como acima referido, deixadas pelos poderes representativos.

Neste ponto, a judicialização é justificada não somente pela atuação dos poderes representativos, mas também por sua ineficácia e não efetividade ao assegurar direitos e atender às reivindicações da população.

A mera existência de direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico, mesmo que na Constituição Federal, não é suficiente, de forma que, se faz necessária a efetivação/implementação destes direitos e garantias, através das políticas públicas, principalmente, políticas sociais, ou seja, cabe ao Judiciário a concretização da expectativa de direitos, a envolver tanto a defesa dos já estabelecidos, quanto eventuais conquistas a serem realizadas.

Em resumo da questão abordada anteriormente, “o dever de ação por parte do Estado associa-se à necessidade de pôr fim à omissão. Controlar as omissões do Poder Público, Legislativo e Executivo, é a maneira pela qual se garante o dever de prestação” (Cittadino, 2002, p. 34). Neste ponto, extrai-se a necessidade de um Judiciário interventor, para que a sociedade não seja prejudicada pelas arbitrariedades e lacunas apresentadas pelos demais poderes.

Parte-se da premissa que a política pública implementada pelo governo será contestada judicialmente por determinados grupos de interesse, que veem o Poder Judiciário como “local institucional mais favorável” para o exercício da oposição (“*venue-seeking*”) (Taylor, 2007, p. 234).

Entretanto, no caso específico das votações e ações tomadas pelos parlamentares dos estados membros prejudicados em todo esse debate sobre a partilha dos *royalties* do petróleo, resta nítido o processo inverso, em que os políticos eleitos por aqueles determinados estados, alguns sendo inclusive da base governista, contrapõem-se à decisão da maioria, com larga atuação parlamentar e dentro da sociedade civil e movimentos sociais, evitando a não efetividade na defesa dos interesses da população de seus estados.

Outro ponto a ser destacado, diz respeito ao que Taylor (2007, p. 232) entendeu como forte controle do presidente sobre a agenda política, bem como o poder do colégio de líderes na Câmara dos Deputados (estende-se aqui a assertiva ao Senado Federal), que permite controle sobre a agenda legislativa. Então, é estreita a proximidade entre o Executivo e o Legislativo.

No que se refere à relação entre os poderes e eventual predominância do Executivo frente aos demais, Boaventura Santos *et alii* (1996, p. 4/5) entende que:

(...) a teoria da separação dos poderes colapsa, sobretudo em vista da predominância assumida pelo Poder Executivo (...) o desempenho judicial passou a ter uma relevância social e um impacto mediático que naturalmente o tornou num objeto de controvérsia pública e jurídica.

Diante de efusiva dominação dos debates políticos pelos atores acima expostos, não possuem as minorias qualquer possibilidade de participação quando da formulação de políticas públicas, circunstância esta que acarreta na constante manutenção do poder (de formulação e implementação de políticas públicas) pelos mesmos atores.

Pelo quadro exposto, a única possibilidade das referidas minorias é acionar o Judiciário, para que este exerça a sua função contra majoritária (neste momento, parte-se do pressuposto de que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo e que agem em contraposição às práticas dos representantes Executivo e Legislativo, estes sim, escolhidos e legitimados pela sociedade) e para que elas tenham, mesmo que minimamente, voz na elaboração das políticas públicas. Satisfazem-se as vontades das minorias, através das decisões judiciais, fato este impactante no cenário político, social e econômico.

Aqueles contrários à expansão²² do Poder Judiciário se consubstanciam, dentre outros, no argumento de que tal atuação não é legítima, pelo fato de os membros do STF não serem eleitos²³ e não possuírem, portanto, “apoio” e base popular.

Pode-se destacar um possível embate entre constitucionalismo, enquanto limitação de poder e respeito aos direitos fundamentais e democracia, vista sob a ótica da soberania popular, governo do povo e poder fundado na vontade da maioria.

Daí caber à Constituição a função de estabelecer as regras do jogo democrático e proteção dos valores e direitos fundamentais, mesmo que contrários à vontade da maioria, em que a democracia não deve ser tratada tão somente como resumo do princípio majoritário, cabendo ao Supremo a proteção da Constituição e, conseqüentemente, resguardo e aplicação dos direitos ali concebidos.

4. CONCLUSÃO

Decisões recentes do Supremo Tribunal Federal em temas de grande interesse social, em especial a distribuição dos *royalties* do petróleo, utilização de células tronco, união estável homoafetiva, criação de partidos políticos, demarcação de terras indígenas, dentre outras, dão destaque à atuação do Poder Judiciário.

Não há dúvida quanto ao relevante papel que o Judiciário, principalmente através do Supremo Tribunal Federal, tem no sistema político brasileiro, tendência essa que está em constante aumento. Diante desse cenário, necessários se fazem estudos pormenorizados sobre essa temática, de expansão da atuação do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes.

O que se pretende é a ideia de um poder com possibilidades efetivas de controle e que possa assim contrariar os demais. Emerge a necessidade de contraposição

²² Esta expansão se dá sob duas perspectivas, conforme Carvalho (2004, p. 121): “1) “*from without*”, que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) “*from within*”: é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. A forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a *from without*, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade.”

²³ O processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal se dá da seguinte forma, nos termos do artigo 101 da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal compõem-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. **Parágrafo único.** Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. Apesar de os ministros serem nomeados pelo Presidente da República, supõe-se que tal escolha seja realizada a partir de critérios técnico-jurídicos e não meramente políticos a atenderem desejos pessoais.

de forças e poderes para que se alcance a estabilidade do regime e, conseqüentemente, o ideal democrático.

O presente trabalho teve a intenção de abordar questões específicas sobre a judicialização da política, enquanto expansão do Poder Judiciário, estabelecendo relação com a discussão sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo.

O primeiro ponto a ser abordado foi uma breve consideração sobre a necessidade de se empreender estudo ao Poder Judiciário, seguido de um levantamento fático sobre o debate sobre os royalties do petróleo e todas as fases envolvidas, desde a propositura do projeto de lei, até a suspensão dos efeitos da decisão do Congresso Nacional, em sede de liminar, pela ministra Carmen Lúcia, em que, neste último ponto, situa-se a conexão entre judicialização da política com o caso específico proposto.

Em momento posterior, se procurou definir o fenômeno da judicialização da política, com eventuais discordâncias de conceituação, inclusive com a diferenciação de ativismo judicial, relatando os fatores que contribuem para seu acontecimento, a partir de uma perspectiva de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente através das ações diretas de inconstitucionalidade.

Intenta-se através deste trabalho levar ao debate uma questão contemporânea e amplamente presente na mídia, nos editoriais e cadernos de política, pela discussão filosófica e política existente por debaixo de uma “crise” entre os poderes. Questiona-se o modelo de separação de poderes em que há o completo afastamento entre eles, sem conexões, afastando-se assim a noção de que deveriam eles objetivar pela consolidação da democracia no país, ao invés de prezarem por interesses institucionais próprios.

Para tanto, prezou-se por um trabalho exploratório de determinados temas referentes à judicialização da política, com o devido levantamento fático, histórico e teórico, necessários para a compreensão do fenômeno.

O cerne do questionamento diz respeito à legitimidade do Poder Judiciário em tratar de questões relevantes e controversas no cenário político nacional, ampliando assim a sua atuação, sendo que esta atuação em nada agrada aos demais poderes, por considerarem eles estar o Judiciário extrapolando as suas competências originárias.

O que se há de considerar sobre o fenômeno, especialmente no estudo do caso em análise, é que não se trata de uma tentativa de ingerência do Poder Judiciário sobre os demais poderes, a partir da vontade de alargamento do poder na sociedade brasileira. Trata-se de um movimento exógeno ao próprio Judiciário, sendo que a sua existência não depende de uma maior ou menor vontade do Judiciário. É uma forma de consolidação democrática, a partir do pilar do federalismo e separação de poderes, sendo que o mesmo não se pode dizer do ativismo judicial, que é uma forma de arbitrariedade, consubstanciada no preceito interpretativo dos magistrados.

Existem aqueles que defendem essa ampliação na atuação do Judiciário, justificados na necessidade dela para a consecução dos direitos fundamentais no nosso país, bem como para o cumprimento do que disposto na Constituição Federal, justamente por ser o Supremo Tribunal Federal o seu guardião, e, por outro lado, os opositores, consubstanciados na interferência e invasão nas competências dos poderes representativos pelo Poder Judiciário, movimento este contrário ao pacto federativo e à relação entre os poderes.

Pode-se dizer que não há um único posicionamento quanto ao tema proposto por ser ele extremamente controverso e que causa divergência a depender do sentido em que se empreende a análise. Para tanto, o que se intentou foi fazer um levantamento, com a conseqüente abertura ao debate, sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo, sem se efetivar algum juízo de valor quanto à questão.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71/91, jan./mar. 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem*. Revista Sociologia Política, n. 23, p. 115/126, nov. 2004.

CASTRO, Marcus Faro. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Journal of Public Law, v. 6, p. 279/295, 1957.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, v. 251, p. 139/178, mai/ago. 2009.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?* Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559/587, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, ano 11, 1996.

TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power*. In: *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995.

TAYLOR, Matthew M. *O judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Dados - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229/257, 2007.

VALLINDER, Torbjörn. *When the courts go marching in*. In: *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995.

WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo social – Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39/85, 2007.