

RESUMO

O Perigo da Excessiva Judicialização da Política: o Debate entre Substantialistas e Procedimentalistas

A pesquisa tem como finalidade a análise do Poder Judiciário em um contexto de ampliação de sua dimensão política, o que traz como consequência um tipo inédito e peculiar de espaço público de participação democrática. Essa alteração no quadro político-institucional possibilitou uma maior inserção do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar de judicialização da política - expressa na ampliação da importância e da participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. As consequências desse processo de judicialização da política sobre o espaço democrático variam de acordo com o enfoque analítico estabelecido como referencial teórico: o substantialista, defensor de um Judiciário mais participativo; e o procedimentalista, eixo que enfatiza os processos majoritários de formação da vontade política em detrimento das vias judiciais. O presente artigo situa-se no marco conceitual do substantialismo fraco, que conjuga a premissa majoritária a uma democracia constitucional.

Palavras-chave: judicialização da política, substantialismo, procedimentalismo.

ABSTRACT

The Danger of Excessive Policy Judicialization: Debate between Substantialist and proceduralists

This research is aimed at analyzing the Judiciary Power in a context wherein it acts as an agent amplifying its political dimension which brings about, as a consequence, a peculiar and unheard of type of public avenue of democratic participation. It has to do with the opening of a public space arising out of the augmentation in judicial activity, by way of an increased expansion of the law, its procedures and institutions over politics and societal framework of modern-day life, which allows for ampler access of citizens to the power circles. Such changes in the political and institutional environment made it possible for a more extended insertion of the Judiciary Power in essentially political matters, which came to gain widespread acceptance as 'judicialization' of politics and has been expressed by a magnified importance and actual participation of the Judiciary Power in social, political and economical life. The consequences of said 'judicialization' process of politics over the democratic opening vary in accordance with the analytical focus being established as the theoretical reference point: the substantive law-based current, as a defender of a more participatory Judiciary Branch; as opposed to the procedural law-based current, which emphasizes majority processes for building of political will in detriment to judicial ways.

Keywords: judicialization of politics, substantive law-based current, procedural law-based current.

O Perigo da Excessiva Judicialização da Política: o Debate entre Substancialistas e Procedimentalistas

Loiane Verbicaro¹

Celso Vaz²

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, com a consolidação dos Estados Democráticos de Direito, presencia-se a força do discurso de proteção dos direitos humanos e das virtudes cívicas. Nota-se uma crescente mobilização por parte de distintos atores sociais em torno dos direitos humanos. Esse movimento impulsionou um crescente protagonismo político do Poder Judiciário, ao depositar novas expectativas sobre a sua capacidade de resolver conflitos de caráter político e social não solucionados adequadamente pelas instâncias político-representativas.

As regras do jogo democrático que estabelecem a complexa relação entre os poderes do Estado e a cidadania decorrem de processos políticos que se constituem a partir de sucessivas lutas sociais, decisões políticas e contextos históricos e sociais concretos. No desenvolvimento das teorias democráticas, inevitavelmente surgem dilemas político-constitucionais acerca de quem deve ter a última palavra institucional no processo político de tomada de decisão e de acordo com quais critérios. A partir desses dilemas, apresenta-se o questio-

1 Professora e Coordenadora Adjunta do Centro Universitário do Pará, Doutora em Filosofia do Direito (Universidade de Salamanca), Mestre em Direitos Humanos (UFPA), Mestre em Ciência Política (UFPA), e Graduada em Filosofia (UFPA).

2 Professor Associado III (UFPA). Graduação em Ciências Sociais (UFPA), Mestrado em Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade (UFRJ), Mestrado em Études Politiques. École des Hautes Études en Sciences Sociales. EHESS/Paris/França, (1999). Doutorado em Études Politiques. École des Hautes Études en Sciences Sociales. EHESS/Paris/França, (2004). Pós-doutorado em Ciência Política. Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, (2014).

namento acerca do lugar que deve ocupar a justiça constitucional no controle de decisões políticas no interior de regimes democráticos.

Sabe-se que o controle de constitucionalidade das leis é uma instituição criada a mais de duzentos anos nos Estados Unidos da América na célebre decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*. Na decisão, o Judiciário projetou-se ao estabelecer limites às decisões legislativas, a partir da ideia de supremacia constitucional. Essa instituição foi-se propagando nas últimas décadas, através da inserção do controle judicial das leis nas constituições dos regimes democráticos, seja pelo modelo americano, seja pelo modelo europeu ou misto, como um dos vértices da chamada “expansão global do poder dos juízes” nas democracias contemporâneas (TATE e VALLINDER, 1995).

A reação democrática na Europa em favor da proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na segunda guerra mundial foi determinante para a consagração da democracia e à constitucionalização de direitos. Sob a influência dessa diretriz, a política aliada do pós-guerra adotou como um de seus principais fundamentos a expansão do modelo constitucional democrático de governo, o que propiciou uma reorganização do sistema judicial aos países perdedores, a partir de uma estrutura de independência e de controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos do Executivo. O surgimento do constitucionalismo democrático no segundo pós-guerra trouxe consigo a universalização do judicial review, a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria e a existência de mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação da norma constitucional.

Outros movimentos e fundamentos contribuíram para esse expansionismo e protagonismo judicial, entre os quais destaca-se a influência do modelo filosófico liberal que concebe a supremacia constitucional e o controle judicial das leis como instituições essenciais no interior de um Estado Democrático de Direito a fim de garantir a manutenção de regimes democráticos, de um núcleo substancial de direitos intangíveis (os ditos direitos humanos) e do império do direito a partir do controle a ser exercido na arena majoritária (DWORKIN, 2001).

Considerando o expansionismo judicial ea sua popularidade nos atuais regimes democráticos, cabe discutir a legitimidade desse fenômeno que se convencionou denominar de judicialização da política. O trabalho tem por objetivo analisar alguns dos dilemas morais, institucionais e normativos que se apresentam ao fenômeno da judicialização da política nas democracias contemporâneas, sobremaneira ao apresentar os perigos da crescente tendência de valorização do ativismo político exercido pelo Poder Judiciário em detrimento do princípio democrático-majoritário. O artigo tratará também acerca da legitimidade das decisões políticas à luz dos eixos teórico-analíticos substancialista, defensor da adequação substantiva das decisões políticas a certos critérios de justiça, e procedimentalista, que enfatiza os processos democráticos de formação da vontade política e, como corolário, um Judiciário - dessubstancializado - com poderes mais limitados em respeito aos poderes políticos do Estado. Ao abordar referidas questões, o trabalho situa-se no marco conceitual do substancialismo fraco, que conjuga a premissa majoritária a uma democracia constitucional, conforme análise a seguir.

2. PROCESIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

O fenômeno da judicialização da política, inevitavelmente, conduz a alguns questionamentos: questões políticas podem, de fato, ser decididas por tribunais e não apenas pelos representantes eleitos pelo povo, sem prejuízo aos princípios democráticos? Conceder ao Judiciário a última palavra em questões que envolvam aspectos centrais de uma nação - inclusive os políticos - é o meio adequado para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos? A quem compete definir, delimitar, quantificar os direitos sociais? Ao processo democrático e/ou Poder Judiciário? Qual o papel que o Judiciário desempenha em uma democracia? O presente tópico analisará a legitimidade das decisões políticas, a partir do marco conceitual de dois eixos teórico-analíticos, o procedimentalismo e o substancialismo (VERBICARO, 2011a).

Na realidade contemporânea, vive-se em um mundo fragmentado, em sociedades marcadas pelo fato do pluralismo. O fato do pluralismo refere-se à circunstância de que estas sociedades são compostas por pessoas que possuem distintos planos de vida, distintos interesses e valores e que discordam acerca de que decisões coletivas são mais justas e acerca de como estabelecer que decisões são as mais justas (RAWLS, 2000).

As sociedades modernas vivem um profundo e persistente desacordo que atinge vários níveis da vida: um desacordo acerca de quais concepções de vida boa são mais valiosas; um desacordo substantivo acerca do que é a justiça; um desacordo epistemológico sobre como determinar o que é a justiça; um desacordo a respeito dos procedimentos legítimos para tomar decisões políticas coletivas e um desacordo jurídico a respeito de como interpretar os direitos aprovados pelos procedimentos legítimos para civilizar a divergência (LINARES, 2008, p. 30).

Considerando o fato do pluralismo e os profundos desacordos, cabe questionar as razões pelas quais as decisões coletivas merecem respeito e obediência por parte daqueles que se encontram em desacordo, ou em outras palavras, quais os critérios que outorgam legitimidade às decisões políticas? As principais teorias democráticas comumente apresentam dois critérios distintos que podem ser expressos nos seguintes questionamentos: a) Quem e como as decisões políticas devem ser tomadas? b) Qual o conteúdo justo ou correto das decisões políticas? A primeira indagação é procedimentalista e a segunda, substancialista.

De acordo com o procedimentalismo no seu sentido mais puro, os desacordos substantivos são tão amplos e profundos que resta apenas confiar nos procedimentos, sem qualquer referência a valores, para fundar uma teoria da legitimidade das decisões políticas. Este enfoque suscita o seguinte questionamento: se os desacordos substantivos são tão amplos e profundos, por que pensar que se pode chegar a um acordo acerca do procedimento? Por que não supor, então, que o fato do pluralismo e os amplos desacordos contaminarão também as concepções acerca de procedimentos legítimos? (LINARES, 2008, p. 31).

O radicalismo procedimentalista que exclui qualquer consideração substantiva não se sustenta, uma vez que o levando a plano institucional, resta evidente que o critério a ele subjacente, o direito de participação em pé de igualdade, honra o valor de igual dignidade e autonomia pessoal. A aceitação desses valores revela a dimensão substantiva do procedimentalismo. Assim, eleger a primazia do procedimento democrático significa aceitar a correção de um critério substantivo a ele subjacente.

Segundo Linares, nem mesmo Jeremy Waldron, o autor que melhor desenvolveu a ideia de primazia do procedimento democrático nas circunstâncias de desacordo foi capaz de defender o procedimentalismo radical (LINARES, 2008, p. 32).

Para Waldron, nas circunstâncias dos profundos e persistentes desacordos generalizados, só cabe confiar nos procedimentos e no direito de participação em pé de igualdade, uma vez que este é o único direito que se pode defender legitimamente em circunstâncias em que se discute acerca dos direitos que as pessoas têm, bem como a acomodação e o alcance desses mesmos direitos. Assim, no jogo político, o direito de participação em pé de igualdade recebe o status de valor absoluto porque honra a igual dignidade e autonomia pessoal, valores essenciais à ideia mesmo de direitos que as pessoas têm (WALDRON, 2005, p. 337-372).

Seguindo essas premissas, compreender a ideia de direitos em uma democracia pressupõe aceitar que os indivíduos são agentes livres e responsáveis, capazes de refletir, deliberar, eleger planos pessoais de vida e participar dos rumos da coisa pública. Sem o reconhecimento prévio desses valores, a ideia de direitos deixaria de ter sentido e seria inaceitável que a confiança no valor de igual autonomia pessoal se desconstruísse ante a constatação da existência de desacordos acerca do conteúdo do direito que as pessoas têm.

Nesse sentido, o argumento democrático afasta-se da ideia de constitucionalização de cartas de direitos. Uma carta de direitos seria uma forma, equivocada, de “gravar na pedra” compromissos substanciais, com a consequente limitação do Parlamento e do princípio majoritário e o reforço à supremacia judicial, que impede o exercício de uma conversação livre, o que seria de se esperar apenas de um ambiente dialógico, e não monológico, da arena majoritária, a única capaz de garantir a maximização das preferências individuais em um regime democrático.

Apresenta Waldron, contrariamente às posições liberais dominantes na atualidade, a defesa dos valores democráticos e procedimentais como melhor resposta ao fato dos desacordos e pluralismos sociais, o que afasta qualquer espécie de dogmatismo constitucional. Defende o autor que os profundos desacordos não podem abalar a fé construída em torno dos direitos, mas para isso é necessário que se dê primazia ao direito de participação, uma vez que é o único capaz de determinar coletivamente os direitos dos cidadãos em um contexto de desacordo.

Levando essas ideias a plano institucional, significa dizer que o critério último de legitimidade deve residir no procedimento que honra da melhor maneira possível o direito de participação em pé de igualdade. E isso não se trata de outra coisa senão admitir que a regra da maioria, expressa em eleições e no procedimento legislativo, deve ter a última palavra em uma democracia. Nas palavras de Linares:

La regla de la mayoría no sólo es una solución pragmática a las circunstancias de la política. Es la única que impide que una minoría obstaculice la reforma del status quo. Es decir, es la única que, visto los desacuerdos, es neutral al cambio o a la conservación del estado de cosas (LINARES, 2008, p. 32).

O argumento de Waldron não acena ao procedimentalismo radical, antes o contrário. Presupor o valor da igual dignidade e autonomia, bem como o valor de participação em pé de igualdade significa apresentar a dimensão substantiva do procedimento. Assim, a razão

para se defender o procedimento democrático está baseada nos valores substantivos subjacentes ao procedimento de tomada de decisão política e por isso o procedimentalismo radical não se sustenta.

O substancialismo puro, por sua vez, parte da correção substantiva das decisões como único critério legítimo, sendo indiferente à questão procedimental. Para essa teoria, não importa quem sejam os atores e autores do processo de tomada de decisão, nem como as engrenagens institucionais estão organizadas para propiciar o consenso político. O único que importa para avaliar e valorar a legitimidade das decisões políticas é que estas estejam de acordo com certos critérios determinados de justiça. O substancialismo puro, que aparentemente demonstra-se atrativo às teorias de justiça, revela-se débil ao tornar irrelevante a ideia de autoridade, procedimento e respeito às decisões políticas em uma sociedade marcada pelo pluralismo (LINARES, 2008, p. 32).

Nesse sentido, se as decisões políticas são legítimas se, e somente se, são congruentes com aquilo que se considera justo, então, deixariam de ser respeitadas e obedecidas uma vez que não correspondam com certas concepções de justiça. Entretanto, considerando que nas sociedades plurais existem distintas concepções de bem e de justiça, não haveria ação coletiva e nem autoridade possíveis com base no critério exclusivamente substancial.

A dificuldade central do substancialismo radical, portanto, é desconsiderar o fato do pluralismo e, segundo John Rawls, a diversidade e o pluralismo são propriedades permanentes da cultura pública democrática. Para tanto, são necessários os procedimentos para estabelecer critérios legítimos para a condução e organização da sociedade. Assim, dados os desacordos típicos de uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo, o procedimento democrático permite a formação de consensos, ainda que persistam as divergências sobre o mérito substantivo das decisões (RAWLS, 2002).

Nota-se que qualquer concepção plausível de legitimidade há que conceber o valor irrenunciável das considerações procedimentais e substantivas. Essa ideia expressa o que usualmente Habermas denomina de co-originalidade, é dizer, sustentar que ambas as classes de considerações são co-originais é aceitar que ambas se pressupõem mutuamente (HABERMAS, 1999, p. 160-169).

Entretanto, aceitar uma concepção mista de modo algum soluciona os problemas implicados na noção de legitimidade. Isso porque, uma vez que se aceite o valor irrenunciável das duas dimensões, deve-se, ainda, enfrentar a questão de como resolver as tensões que se suscitam entre elas. Dar prioridade à dimensão substantiva, mesmo considerando a importância do procedimento? Ou priorizar o procedimento, apesar do reconhecimento da relevância das considerações substantivas? O exemplo proposto por Linares é bem claro ao retratar essa tensão:

siyoestoyen contra de la pena de muerte y el parlamento de mi país há dictado una ley que consagra la pena capital para ciertos delitos graves, yopuedo admitir que laleyesiguesiendo legítima aunque a mí me parezca injusta, y de ese modo doyprioridad a los criterios procedimentalesauncuandoreconozca que lossustantivosson también relevantes. O bienpuede afirmar que se trata de una ley ilegítima, puesto que la considero injusta, y de ese modo estoy dando prioridad a los criterios sustantivos, aunque reconozca que losprocedimentales tambiénson importantes. Pero lo que no puedohacer es dejarlos conjuntos de valores a un-

mismo nível. Ésta es latensiónineludible que cualquier teoria de la legitimidade debe enfrentar (LINARES, 2008, p. 35).

É esta tensão ineludível que qualquer teoria da legitimidade política deve enfrentar. O trabalho abordará as duas concepções, o procedimentalismo fraco, que prioriza o procedimento democrático, ainda que reconheça a importância das questões substantivas e o substancialismo fraco, que concede primazia à dimensão substantiva, em que pese aceitar o valor irrenunciável do procedimento.

2.1. O Procedimentalismo Fraco de Jürgen Habermas, Antonie Garapon e Cass Sunstein

O procedimentalismo fraco reconhece o valor irrenunciável de ambas as dimensões, mas estabelece a primazia à dimensão procedimental. Segundo essa concepção, a regra da maioria, expressa em eleições e procedimento legislativo, é a única via que, considerando os desacordos, reconhece e leva a sério o direito de todos e cada um de participar do processo político em igualdade de condições. Assim, se o procedimento democrático tem primazia sobre as questões substantivas, é porque este se baseia no valor da igual dignidade e autonomia das pessoas (LINARES, 2008, p. 37).

Segundo Habermas, um dos defensores mais célebres do procedimentalismo fraco, o procedimento democrático é o que serve para revisar as considerações de justiça, assim como os limites e alcance dos direitos fundamentais. Os valores substanciais devem permanecer nas mãos dos participantes no marco de um procedimento democrático (HABERMAS, 1999, p. 160-169).

Há, nesse sentido, uma relação de co-originalidade entre os direitos fundamentais e a soberania popular, autonomia privada e pública, uma vez que “nas sociedades pós-conventionais, os indivíduos são ao mesmo tempo autores e destinatários do seu próprio direito”. Dessa forma, “a instituição do direito legítimo só é possível se, conjuntamente, estão garantidas não apenas as liberdades subjetivas que asseguram a autonomia privada, mas também a ativa participação dos cidadãos através de sua autonomia pública”. (CITTADINO, 2004, p. 9, 194-217).

Para Habermas, o direito legítimo é o que se impõe racionalmente ante uma prática argumentativa. Assim, a substância dos direitos reside no exercício de uma prática dialógica e racional (HABERMAS, 1999, p. 160-169). A solução para o conflito entre a ideia de procedimento democrático e os direitos fundamentais depende, pois, do que decida a cidadania através de um processo democrático, fórum legítimo para estabelecer e revisar as considerações de justiça substantiva, assim como os limites e o alcance dos direitos fundamentais. Prioriza-se, nesse sentido, a dimensão procedimental, por mais que se considere a importância das considerações substantivas.

Resta indagar qual das duas concepções, o substancialismo fraco ou o procedimentalismo fraco, é a mais plausível. Considerando o fato do pluralismo, tem-se pelo menos quatro dimensões de desacordo: a) um desacordo acerca de quais concepções de vida boa são mais valiosas; b) um desacordo substantivo acerca do que é a justiça; c) um desacordo epistemológico sobre como determinar o que é a justiça; d) um desacordo a respeito dos procedimentos legítimos para tomar decisões políticas coletivas.

As três primeiras dimensões de desacordo sem dúvida são as mais problemáticas. O procedimentalismo fraco foge às três primeiras dimensões, concentrando-se no desacordo a respeito dos procedimentos legítimos para tomar decisões políticas coletivas. Necessita apenas construir um acordo mínimo acerca dos valores que justificam um procedimento democrático, tais como a igual dignidade e autonomia. Pode-se imaginar perfeitamente uma sociedade que logre alcançar um consenso acerca dos procedimentos corretos para tomar decisões coletivas, sem pressupor acordo algum quanto aos demais aspectos. Não se pode, assim, consentir racionalmente com um conjunto de princípios substantivos contrários às crenças pessoais; mas se pode racionalmente consentir com o procedimento que, apesar de não parecer apropriado aos olhos de alguns, dados os desacordos profundos, pode resultar aceitável (LINARES, 2008, p. 40).

Deve-se, outrossim, apresentar os valores e/ou princípios que justificam a primazia do procedimento democrático. São eles: o princípio da igual dignidade que acena à ideia de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual consideração e respeito nas circunstâncias do desacordo; e o princípio da igual autonomia, que afirma que as pessoas são agentes livres e responsáveis para

elegir, revisar y cambiar planes de vida, y para deliberar y participar en la vida política en pie de igualdad, especialmente – y con más razón – en las circunstancias de la política. Ambos valores, a mi juicio, justifican la prevalencia del procedimiento democrático como criterio último de legitimidad. Y una teoría de la legitimidad se proyecta necesariamente sobre una teoría de la autoridad final en un sistema político (LINARES, 2008, p. 40).

Nesse sentido, justifica-se, à luz dessa perspectiva, a prevalência do procedimento democrático como critério último de legitimidade. Institucionalmente, não se trata de outra coisa senão admitir que a regra da maioria legislativa deve ter a última palavra em uma democracia. Isso porque cada participante deve ter o direito de participar do processo democrático em pé de igualdade e que sua opinião conte com a mesma força que a opinião dos demais atores sociais na tomada de decisão.

Trata-se da primazia da deliberação democrática, expressa no imperativo pragmático de Ackerman: “Si usted y yo discrepamos acerca de la verdad moral, la única forma de que tengamos alguna oportunidad de resolver nuestros problemas de coexistencia de un modo que ambos encontremos razonable es mediante el diálogo mutuo sobre dichos problemas”. (LINARES, 2008, p. 42). Tal ideia conduz ao reconhecimento da importância do procedimento democrático, bem como do diálogo democrático como critério para a legitimidade das decisões políticas.

De acordo com essa ideia procedimentalista, uma presença marcante dos tribunais no controle das decisões tomadas por procedimentos democráticos conduz à colonização do mundo da vida pelo direito, o que representa um sintoma de esvaziamento dos ideais e práticas republicanas, da democracia e da soberania popular.

Em defesa de um Judiciário - dessubstancializado - com poderes mais limitados em respeito aos processos democráticos, o procedimentalismo defende a ideia de que os tribunais apresentam sérias dificuldades para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca dos conflitos sociais; que o ativismo dos tribunais pode significar mais uma esterilização das iniciativas

sociais do que a pretensão de emancipação social e que os canais políticos apresentam-se mais efetivos à necessidade de reformas sociais do que o Poder Judiciário.

Assim, as decisões políticas devem ser tomadas a partir de procedimentos previamente estabelecidos que assegurem relações dialéticas e dialógicas entre os participantes. Nesse sentido, quem tem que determinar o que tem que ser feito são os próprios afetados. Essa defesa impede o simples observador, terceiro sem legitimidade – Judiciário, de determinar a condução da vida dos cidadãos.³

À luz dessa perspectiva, o Parlamento encontra-se, assim, em melhor condição para refletir o consenso plural e democrático. O Poder Judiciário não está autorizado a, monocraticamente, ser o guardião de uma suposta ordem de valores substanciais e imiscuir-se no mérito substantivo da opção política e nem tampouco a assumir uma responsabilidade que pertence aos processos majoritários de formação da vontade política.

Nesse sentido, o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista que favorece a desagregação social e o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos, fica totalmente à mercê do Estado; torna-se um singelo cidadão-cliente do Poder Judiciário e não um agente ativo capaz de participar na formação da vontade política do Estado - participação e comunicação democrática.

Dessa forma, ao se reclamar mais Estado em nome da justiça distributiva, favorece-se a privatização da cidadania - a invasão da política pelo direito, mesmo que aparentemente reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da igualdade. O gigantismo do Poder Judiciário tem como consequências a estatização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a sua judicialização, o que gera um desestímulo a um agir orientado por fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as únicas referências para os indivíduos (WERNECK VIANA et al., 1999, p. 24).

Assim, para que os cidadãos tornem-se autores e não meros destinatários do direito, não é necessária a mediação do Judiciário, mas antes a criação ou conquista de canais e procedimentos comunicativos que consagrem o poder democrático do povo. A Constituição deve, de acordo com essa perspectiva, garantir a existência de meios e procedimentos para que os indivíduos criem o seu próprio direito. Os seus princípios não devem, portanto, expressar conteúdo substantivo, mas instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática, em respeito à igual dignidade e autonomia.

Dessa maneira, o controle de constitucionalidade seria necessário apenas nos casos que tratem do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação da vontade política – controle das regras e condições de existência do jogo democrático. Isso porque não caberia ao Judiciário dizer sobre o que decidir, mas apenas como decidir (garantia de procedimentos para a ampla deliberação democrática), para que os cidadãos, através da igual dignidade e autonomia, deliberem eles próprios o seu destino político. Nota-se que o procedimentalismo não renuncia a ideia de justiça constitucional, mas sim um modelo

3 Seguindo esse eixo procedimentalista, Zaffaroni manifesta-se no sentido de que, nas democracias latino-americanas, a transferência do conflito da esfera política à esfera judicial raramente corresponde à melhor solução. Segundo o autor, os operadores das agências políticas estão em melhores condições do que os juízes no que se refere à manipulação da opinião pública. Isto lhes permite “repassar conflitos, gerando falsas expectativas de solução no âmbito judiciário” (ZAFFARONI, 1995, p. 32, 33).

robusto de justiça constitucional que conduz a um governo de juízes.

Para o procedimentalista Antoine Garapon, a crescente influência que o Poder Judiciário tem exercido na sociedade contemporânea, aliada à crise de legitimidade que caracteriza as democracias ocidentais, tem provocado a invasão do direito a arenas antes exclusivas a outras instituições sociais. O acréscimo de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o Judiciário, mas uma transformação do sentimento de justiça. “A transferência irracional de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra a própria justiça. A invocação indiscriminada do direito tem por efeito submeter ao controle do juiz aspectos inteiros da vida privada, antes fora de qualquer controle público”. (GARAPON, 2001, p. 23-53).⁴

Tal aumento da influência e da área de expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas relaciona-se, de acordo com o autor (GARAPON, 2001, p. 23-53):

- 1) Ao enfraquecimento do Estado pelo mercado. O enfraquecimento do Estado é apenas a consequência da globalização da economia: o mercado, ao mesmo tempo que despreza o poder tutelar do Estado, contraditoriamente, multiplica a recorrência ao jurídico. Esse movimento duplo – fluxo do direito e refluxo do Estado – é facilmente percebido.
- 2) Ao desmoronamento simbólico do homem (indivíduo perdido, isolado e sem raízes) e da sociedade democrática. A crescente demanda pelo Poder Judiciário é uma consequência do desamparo provocado pelo mundo político. O Judiciário é, pois, levado a assumir uma posição de destaque em virtude da crise de legitimidade das instituições políticas. Trata-se de uma desilusão do mundo político, que provoca uma intensa procura aos tribunais.
- 3) Ao desmoronamento do socialismo que pôs fim à bipolarização geopolítica do mundo e implicou na solidificação de uma concepção individualista. Esse individualismo capitalista caracteriza-se pelo rompimento com alguns laços sociais anteriores, como: igreja e família, o que realça a desvalorização simbólica do mundo político e social do homem.
- 4) À desnacionalização do direito e a exaustão da soberania popular - crise da legitimidade representativa em virtude da apatia popular e da inércia do poder político, o que demonstram verdadeira patologia do mundo político. Esses fenômenos estabelecem a migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo e possibilitam a judicialização da vida pública. O enfraquecimento da lei, ato oriundo da soberania popular, foi acelerado pela importância que as fontes supranacionais assumiram nos sistemas jurídicos nacionais. O direito supranacional, ao lado da Constituição, enuncia, com força superior à lei, alguns princípios fundamentais que uma jurisdição deverá garantir. Isso conduz o juiz, no momento de julgar, a um juízo prévio de compatibilidade das leis a esses princípios fundamentais. Nesse sentido, “o juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador permanente”. (GARAPON, 2001, p.40, 41).
- 5) Ao processo de contratualização das relações sociais, no qual o contrato passa a ser considerado como peça fundamental em muitos aspectos da vida humana em sociedade. As relações interpessoais passam a ser regidas por contratos jurídicos e pelo direito, que se

4 “O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos”. (GARAPON, 2001, p. 27).

transformou em último resquício de identidade do cidadão contemporâneo.

A consequência prática deste processo é que o simbolismo da democracia, caracterizada pelo mundo político, é repassado para a Justiça (Poder Judiciário), apresentada pelo autor como o mundo da burocracia – um mundo frio, formal, artificial, solene e distante da vida cotidiana. Isso provoca o desaparecimento da dimensão coletiva do mundo político.

O ambiente Judiciário individualiza as obrigações, possibilitando um engajamento mais solitário do que solidário. Com essa forma de democracia, o cidadão acredita poder melhor controlar seus direitos, do que se estivesse em uma luta coletiva. Mas esse prestígio contemporâneo do Poder Judiciário decorre menos de uma escolha deliberada do que de uma reação “de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo”.(GARAPON, 2001, p. 26).

Com a judicialização, o que antes pertencia à esfera privada, passou a ser regulado pelo Estado, através do Poder Judiciário. O fato tem alterado completamente a noção de cidadania que, cada vez mais distante da ideia de liberdade, passa a incorporar a possibilidade de intervenção do Estado em questões concernentes à vida privada. Neste sentido, Garapon entende que, hoje, não se encontram mais cidadãos, e sim indivíduos fragilizados e temerosos, que buscam no Poder Judiciário uma saída para os mais singelos conflitos cotidianos: são cidadãos clientes da justiça, reivindicando proteção diante da ameaça constante do outro.⁵

Nesse sentido, o mundo político - processo majoritário de formação da vontade política - não pode ser substituído pelo jurídico. Garapon alerta para a nefasta consequência de um uso excessivo das prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário na garantia de valores substantivos dos regimes democráticos, qual seja, um possível governo de juízes. Dessa forma, defende a necessidade de redefinição da função social do Poder Judiciário e a sua limitação institucional na atuação em questões políticas, a fim de não propiciar substituições indevidas e impróprias do mundo político pelo jurídico.

Valorizando a perspectiva da liberdade, Garapon considera que a condição para o retraimento da intromissão do Poder Judiciário na vida social é o fortalecimento das instituições indispensáveis à vida democrática. Assim, defende que o afastamento do Estado deve ser compensado com a maior atribuição de responsabilidades aos próprios cidadãos, o que significaria o despertar do sentimento cívico que o assistencialismo e o bem-estar previdencial haviam feito adormecer.⁶

Cass R. Sunstein, igualmente, defende a limitação do papel das cortes - minimalismo judicial. Segundo ele, o Poder Judiciário possui sérios limites institucionais que ensejam uma diminuição do seu potencial transformador. Três problemas são de especial relevância (SUNSTEIN, 1994, p. 142-149):

1) Democracia, cidadania, compromisso: a dependência nas cortes reduz os canais democráticos de procura por mudanças, de duas maneiras: desvia energia e recursos da políti-

⁵ A tendência à juridificação da política e das relações sociais é vista como problemática em face às concepções republicanas de soberania popular pautadas na regra da maioria. De acordo com essas concepções, com a assunção de novos poderes por parte do Judiciário, abdica-se a soberania do povo em favor do juiz, o que conduz, inexoravelmente, a uma espécie de governo de juízes.

⁶ Garapon adverte que uma das consequências da judicialização é a penalização, definida como a substituição de todas as lógicas - econômica, política, social, psicológica - a apenas uma, a lógica da justiça penal, cujo efeito é o aumento da população carcerária.

ca, excluindo as conquistas alcançadas por parte dos próprios cidadãos, o que pode gerar prejuízos à democracia. Os processos democráticos de formação da vontade política mobilizam os indivíduos que passam a ser sujeitos ativos na condução das políticas públicas, aguçando, assim, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. Uma ênfase no Judiciário compromete esses valores.

2) Eficácia: segundo Sunstein, as decisões judiciais são geralmente ineficazes em promover mudanças sociais. Exemplifica o autor utilizando-se do caso *Brown versus Board of Education* (1954), analisado no capítulo 5.2.1. Nesse julgamento ocorrido nos EUA, a Suprema Corte deu início às reformas antirracistas ao julgar que a segregação de alunos negros nas escolas norte-americanas, embora lhes atribuindo condições e direitos iguais aos brancos, era intrinsecamente desigual e, por consequência, inconstitucional.

Essa decisão da Suprema Corte é aclamada por ter mostrado a habilidade do Judiciário em reformar grandes instituições sociais e de ter abolido, formalmente, o *apartheid* nos EUA. Entretanto, para Sunstein, esse caso confirma a fraca posição institucional do Judiciário. Segundo ele, anos após a decisão, poucas crianças negras no sul estudavam em escolas que haviam abolido a segregação. Para ele, é possível afirmar que as ações do Legislativo e do Executivo não teriam ocorrido sem a influência do caso *Brown*. Mas, mesmo isto, é altamente incerto. Existe pouca evidência de que o caso *Brown* tenha, efetivamente, dado um ímpeto à ação política.

3) Foco limitado da adjudicação: a adjudicação é um sistema pobre para se atingir uma reforma social em larga escala. O foco no litígio torna mais difícil que os juízes entendam a questão em toda a sua complexidade e abrangência.

Uma decisão requerendo despesas em transporte escolar pode, por exemplo, dirigir recursos de uma área com uma igual ou maior necessidade para outros setores, o que pode gerar desequilíbrio com os recursos destinados aos gastos sociais. Sustenta o autor que os procedimentos legais estão em maior conformidade com ideias desenvolvidas fora da tradição da justiça compensatória típica dos tribunais, que são precariamente adaptadas para o alcance da reforma social, razão pela qual o Judiciário deve ceder ante os processos democráticos de formação da vontade política (SUNSTEIN, 1994, p. 142-149).

Apresentados esses três problemas na participação das cortes em políticas públicas, Sunstein afirma que o status quo deve, em regra, ser sujeito à democracia - não sendo afastado da deliberação democrática. Somente em raros casos é que as cortes devem interferir em políticas aprovadas por processos democráticos. Assim, as cortes devem ter um papel agressivo especialmente em dois casos:

O primeiro envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política. De acordo com o autor, a interferência governamental ao direito de voto e de expressão pede ativa proteção judicial para viabilizar as condições à cidadania, deliberação e igualdade política. Nestes casos, as cortes não devem adotar a atitude de deferência ao processo legislativo.

O segundo caso envolve grupos ou interesses que, pela natureza, são incompatíveis a uma justa deliberação em processos democráticos (proteção das minorias). Aduz o autor que se um grupo se depara com obstáculos para organização ou preconceito e/ou hostilidade - por exemplo, homossexuais - seria errado permitir uma comum suposição em favor dos

resultados democráticos. As cortes devem, nesses casos, decidir sobre decisões governamentais. Tal exame é justificado no interesse da própria democracia (SUNSTEIN, 1994, p. 142-149).

Segundo Sunstein, deve-se desenvolver princípios interpretativos da Constituição a fim de que se garanta a realização bem sucedida da democracia procedimental deliberativa. De acordo com a sua teoria dos princípios interpretativos, os princípios podem ser semânticos, que são aqueles que têm como foco o simples sentido das palavras, a partir de uma interpretação formalista, sem entrar no mérito do conteúdo de justiça presente no caso; ou podem ser substanciais, que são aqueles que se pautam nos princípios da democracia deliberativa, atendendo a um critério de justiça substantiva. São esses os princípios:

- 1) Deliberação política: significa que os resultados políticos não devem ser reflexos de interesses próprios de grupos privados bem organizados, pelo contrário, devem ser produzidos a partir de um extenso processo de deliberação e discussão, nos quais novas informações e perspectivas são sempre relevantes - influência dos cidadãos, inclusive das minorias, nos destinos da comunidade.
- 2) Cidadania: procura garantir que os resultados políticos se beneficiem da ampla participação do povo - real representatividade dos atores sociais. O comprometimento para com a cidadania requer que as pessoas tenham um amplo grau de segurança e independência do Estado; e não uma postura de submissão e de comodismo em relação a um Estado grandioso e paternalista.
- 3) Acordos como ideal regulatório: consiste em um compromisso ou consenso entre cidadãos livres e iguais, acerca de um ideal de desenvolvimento social. Só após a formação do consenso é que se pode conceber a realização de um processo democrático.
- 4) Igualdade política: o compromisso com a igualdade política proíbe grandes disparidades na influência política detida por diferentes grupos sociais. Uma garantia da igualdade política não se traduz, porém, em garantia de total igualdade econômica (igualitarismo). A rejeição ao igualitarismo é baseada em três objetivos principais: promover a liberdade, prover incentivos para o trabalho produtivo, recompensar e reconhecer realizações e padrões de qualidade.

A insistência na igualdade política, como condição necessária à realização da democracia deliberativa, acaba tendo ligações com o que ocorre na esfera econômica. Referida ligação ajuda a identificar e fazer inteligível três concepções de igualdade.

A primeira concepção de igualdade é a crença em ser livre da miséria. Trata-se do mínimo de direitos que devem ser reconhecidos e assegurados para se garantir a cidadania. Assim, ninguém deve ser privado de adequada proteção policial, de comida, moradia ou assistência médica - mínimo existencial. Em respeito a um ideal republicano e democrático, o mínimo existencial deve ser definido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, poderes que possuem legitimidade representativa e democrática.

Estas são necessidades humanas universais, a serem encontradas em qualquer sociedade justa. Este princípio é dificilmente igualitário, visto que ele permite uma grande variação nos padrões de vida. No entanto, ele protege as pessoas de existirem abaixo de uma condição mínima específica. Este compromisso está ligado à crença na democracia deliberativa e

ao comprometimento com a cidadania.

A segunda concepção é uma oposição ao sistema de castas. Os sistemas de castas são tradicionalmente desfavoráveis e incoerentes com a democracia deliberativa. Negam os princípios da cidadania e da igualdade política.

A terceira e última concepção envolve aproximada igualdade de oportunidades. Tendo rejeitado o igualitarismo, pode-se, todavia, insistir na ideia de igualdade de oportunidades. É inevitável que em uma sociedade liberal, diferentes famílias tenham diferentes recursos e educação, e essas diferenças imporão uma aguda restrição nos princípios básicos. Todavia, há muito que o governo possa fazer para ajudar, como, por exemplo, garantir boa educação disponível para todos (SUNSTEIN, 1994, p. 134-141).

O pensamento de Sunstein, voltado para a valorização de uma noção de democracia deliberativa, na qual a Suprema Corte deve assumir um novo papel, o de, por meio do minimalismo judicial, deixar questões abertas sem, contudo, ignorar o seu fundamental ofício de garantia do núcleo de compromissos democráticos - o Judiciário deve adotar uma postura ativa à proteção procedimental da democracia deliberativa (SUNSTEIN, 1994, p. 134-141).

Essa perspectiva de análise rejeita a ideia de judicialização da política, mas nem por isso deixa de considerar o Judiciário como uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas. A ele é atribuído um papel de destaque à garantia aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas, a partir do engajamento da sociedade e da própria cidadania.

O Judiciário não deve, pois, ultrapassar a fronteira da adjudicação, é dizer, a função tradicional da jurisdição que estabelece ao Judiciário a função de dizer o direito em casos concretos conflituosos que se apresentem para sua decisão, sob pena de invadir as funções políticas do legislativo e/ou do executivo, em sério prejuízo à ideia de democracia e ao valor de igual dignidade e autonomia.

Nesse sentido, para o procedimentalismo, a autoridade final em um regime democrático deve fundamentar-se em uma teoria plausível de legitimidade capaz de resguardar o procedimento democrático e deliberativo, considerando que os diálogos estabelecidos em uma arena pública conferem o melhor valor epistêmico às decisões políticas. Assim, ainda que se reconheça a importância do Judiciário na realização de um certo controle acerca das decisões coletivas, não resta legítimo autorizá-lo a decidir, em última instância, acerca de questões políticas. Os tribunais devem limitar-se, pois, à tarefa de interpretação procedimental da Constituição, restringindo-se a proteger o núcleo formal da democracia e da forma deliberativa da construção política da opinião e da vontade – garantia de acesso aos mecanismos de participação democrática.

2.2. O Substancialismo Fraco de Ronald Dworkin e a Conjugação da Premissa Majoritária com Uma Democracia Constitucional

O substancialismo fraco, por sua vez, corrente que mais adeptos possui no pensamento liberal e que, em certa medida, lastreou a atuação dos tribunais nas últimas décadas do século XX e na primeira década do século XXI, ao permitir a conjugação da premissa majoritária a uma democracia constitucional e a expansão do fenômeno da judicialização da

política nas principais democracias ocidentais, defende a proteção a um núcleo de direitos e liberdades fundamentais constantes na Constituição capaz de limitar o procedimento democrático. Tais ideias vão ao encontro do pensamento liberal de Ronald Dworkin que, por meio da concepção de Constituição como integridade, preserva a indisponibilidade dos direitos e das liberdades individuais, através do instituto da judicial review.

Segundo Dworkin, a revisão judicial não afronta os ideais democráticos por atuar, em algumas ocasiões, até mesmo contra os processos majoritários de formação da vontade política, mas ao contrário, esse instituto garante a própria democracia ao efetuar o controle de constitucionalidade de normas que desrespeitam um espaço protegido constitucionalmente. "A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política⁷ serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura". (DWORKIN, 2001, p.102).

O autor conjuga, na verdade, a premissa majoritária com uma democracia constitucional, capaz de harmonizar os valores procedimentais com os substantivos. Concede, entretanto, primazia à dimensão substantiva ao defender a existência de um espaço protegido de direitos indisponíveis pelas maiorias legislativas, o que se coaduna com o constitucionalismo democrático e as evidentes limitações da regra da maioria em assegurar direitos individuais, notadamente em face ao ímpeto faccionista das eventuais maiorias que, por vezes, oprimem as minorias insulares (DWORKIN, 2001, p. 102; VERBICARO, 2005, p. 223-224).

Nesse sentido, Dworkin recusa que o Poder Judiciário exerça um papel passivo nas democracias contemporâneas, ao concebê-lo como um poder estratégico para afirmar e proteger os princípios democráticos, através da Suprema Corte, que atua como um importante fórum capaz de assegurar os direitos fundamentais.

Ao analisar a importância das decisões judiciais - em comparação às decisões legislativas - à construção do ideal democrático, sustenta que não há razão para se pensar que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, prejudicaria o ideal democrático da igualdade de poder político. Segundo ele, os legisladores não estão institucionalmente em melhor posição do que os juízes para decidir questões sobre direitos. Ao contrário, podem os juízes ser o elemento propulsor desse ideal (DWORKIN, 2001, p. 25-32).

Para o autor, carecem argumentos para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos tenham mais probabilidade de serem corretas do que decisões judiciais. Sustenta que a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes do que em legisladores e que em muitos momentos, os legisladores estão sujeitos a pressões políticas a que não estão sujeitos os juízes. Os magistrados, prescindindo de apoio político para a manutenção de seu poder, não temem a insatisfação popular gerada pelo seu desempenho, ao contrário do que ocorre com os membros do Poder Legislativo.

7 Para Dworkin, o Direito possui tanto um caráter instrumental como uma "dimensão moral substantiva que se revela na existência de princípios que, ao lado das normas, o integram. Esses princípios, caracterizados como exigências da moralidade política são representados pelos seguintes ideais: uma estrutura política justa; uma justa distribuição de recursos e oportunidades e, finalmente, um processo equitativo de fixação das normas que os estabelecem". (CITTADINO, 2004, p. 152-153).

De acordo com Dworkin, em uma democracia, sem dúvida, o poder está nas mãos do povo. Mas há imperfeições no caráter igualitário da democracia que são parcialmente irremediáveis - como as minorias que não são contempladas pelos processos democráticos de formação da vontade política. Para corrigir essas imperfeições, verifica-se a transferência de atribuições institucionais do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, conferindo-se, assim, poder político a alguns indivíduos outrora excluídos desse processo. Isso ocorre porque, em uma democracia, os cidadãos têm o direito de exigir “um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. (DWORKIN, 2001, p. 25-32).

A transferência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário é, em regra, mais benéfica a setores pouco integrados à tradição democrática - os hipossuficientes econômicos (pobres) e as minorias. Segundo o autor

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas (DWORKIN, 2001, p. 26).

Normalmente, os ricos exercem mais poder - influência - sobre o Poder Legislativo, o que lhes proporciona maiores vantagens, em detrimento da camada social oposta; do mesmo modo, o viés majoritário do Legislativo funciona mais severamente contra as minorias e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum.

Assim, a via de acesso ao Judiciário contribui, segundo Dworkin, ao aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos minoritários a possibilidade de reivindicar pela preservação dos seus direitos. Tal consideração baseia-se na ideia de que os direitos e liberdades são, em alguns momentos, desrespeitados pela vontade da maioria, ocasionando, assim, ameaças e prejuízos aos direitos das minorias.

Dworkin defende que o controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas um instrumento viável e que se tem mostrado eficiente na realidade norte-americana. Trata-se de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da legitimidade da democracia, não serão violados (DWORKIN, 1997).

Segundo Dworkin, com o redimensionamento das funções do Poder Judiciário, o direito assume uma especial forma de resolver ou mesmo esclarecer controvérsias políticas. Trata-se da judicialização da política. É importante destacar que essa terminologia não é usada, de maneira explícita, por Dworkin. O autor fala em transferência de questões políticas ao Poder Judiciário; ou transferência de questões do campo da batalha política de poder para o fórum do princípio, o que se pode aproximar ao fenômeno da judicialização da política (DWORKIN, 2001, p. VIII).

Com esse fenômeno, segundo o autor, chegou-se a “um equilíbrio em que o tribunal desempenha um papel no governo, mas não, mesmo exagerando, o papel principal”. Sustenta que o melhor que se tem a fazer é

trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento racional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de direito (DWORKIN, 2001, p. 103).

O fundamento desse processo de judicialização da política reside no próprio modelo de Constituição concebido por Dworkin - Constituição como integridade, que garante a indisponibilidade dos direitos e das liberdades fundamentais. Em nome da integridade da Constituição admite-se, assim, o instituto da revisão judicial, que autoriza os tribunais a declarar a inconstitucionalidade das normas - advindas de processos políticos deliberativos - que sejam incompatíveis com os princípios contemplados na Constituição.

Ao efetuar esse controle de constitucionalidade, em muitos momentos, os tribunais acabam por adentrar em questões eminentemente políticas. Isso porque a Suprema Corte “tem o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição”. (DWORKIN, 2001, p.4). Nota-se que a revisão judicial “obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao tribunal, mas muito antes e muito depois”. (DWORKIN, 2001, p. 102).

A partir dessa perspectiva, qualquer diretriz política ou objetivo social coletivo que porventura contrarie preceitos constitucionais, sofrerá o controle do Poder Judiciário. Entretanto, à luz da teoria de Dworkin, nem sempre os casos apresentados ao Poder Judiciário terão a sua apreciação. Isso ocorre especialmente em casos que envolvam objetivos coletivos da comunidade. Nessa hipótese, o Poder Judiciário será deferente à política, i.e., aos processos majoritários de formação da vontade política. Segundo ele, o Poder Legislativo, eleito pelo povo, é o poder com melhores condições a traçar as diretrizes políticas gerais que o Estado deve seguir. Assim é o seu posicionamento:

Hércules não é um ativista. Ele vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente de política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação (DWORKIN, 1999, p. 441-453).

Nesse sentido, em algumas ocasiões, as cortes deverão ser deferentes à arena política, tal como defendem os passivistas. Segundo Dworkin, o juiz passivista só anula atos de outros poderes em último caso, uma vez que considera mais democrático deixar as questões de alcance concreto aos legisladores, que podem ser renovados a cada eleição, do que as confiar à Suprema Corte. O passivismo supõe que a equidade é a principal virtude de uma prática constitucional e ignora que certas regras constitucionais têm precisamente a função de impedir que a maioria se faça valer contra a minoria em questões de justiça.

Ressalte-se que Dworkin repudia o passivismo. Isso porque, em muitas situações, o Judiciário não deve se subordinar às autoridades eleitas. Para a proteção da democracia, irá atuar até mesmo em sentido contrário àquele que seria tomado pelos representantes do povo.

Será sua função, assim, a proteção dos indivíduos e das minorias, mesmo contra os representantes da maioria. Para tanto, Hércules não poderá adotar uma atitude passivista ante a violação desses bens cuja proteção é de sua responsabilidade.

Não cabe, portanto, ao Poder Judiciário traçar ou impor diretrizes políticas gerais ao Estado, mas apenas garantir os direitos e as liberdades fundamentais presentes na Constituição. E, para a sua proteção, atuará até mesmo no sentido de evitar que a implementação de diretrizes políticas e/ou objetivos sociais coletivos sobreponham-se à sua integridade.

Eis os pressupostos do liberalismo democrático defendido por Ronald Dworkin: um modelo que contempla a proteção a um núcleo de direitos e liberdades fundamentais constantes na Constituição, porém, que rejeita a interferência do Poder Judiciário no delineamento das diretrizes institucionais de atuação do Estado. Trata-se de um modelo reconhecedor dos direitos fundamentais, mas limitador de uma intervenção judicial na concretização dos direitos sociais coletivos. Isso porque, segundo Dworkin:

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer (DWORKIN, 2001, p. 476).

Percebe-se, assim, que Dworkin, em que pese desenvolver uma concepção mista de legitimidade, estabelece a primazia das questões substantivas ao defender um espaço protegido de direitos indisponíveis pelas maiorias legislativas, bem como a necessidade de depositar a última palavra institucional em um procedimento não majoritário.

É interessante a crítica que Sunstein direciona à defesa de Ronald Dworkin acerca do papel de destaque reservado ao Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Segundo ele, Dworkin defende um papel ativo ao Judiciário a partir da teoria segundo a qual a Suprema Corte é o “fórum principal” para atuar em prol dos interesses de grupos políticos. Entretanto, para Sunstein, a Suprema Corte não é a única instituição fundada em princípios éticos e morais. Pelo contrário, a maioria dos reflexos de deliberações fundadas nos princípios na história norte-americana tem vindo do Congresso e do Presidente e não das Cortes. A crença nas políticas deliberativas tem sido central ao constitucionalismo americano desde seu início. Não há razão suficiente para abandonar essa crença agora (SUNSTEIN, 1994, p. 145, 146).

Em consonância com o pensamento substantialista, comumente tem-se, assim, a defesa do Judiciário como guardião dos princípios e valores fundamentais da Constituição e dos regimes democráticos. Nesse sentido, cabe à Constituição a positivação de um ideal de justiça, cuja implementação pelo Poder Judiciário transformaria progressivamente a sociedade e as instituições, conduzindo-as à concretização dos direitos dos cidadãos e ao exercício da democracia.

Para o substantialismo, em grande medida adotado como modelo de atuação judicial nas principais democracias contemporâneas, como no caso do Brasil, a judicialização da política não seria uma invasão deletéria do direito na política, mas ao contrário, um reforço à lógica democrática, ao permitir novos instrumentos de defesa de direitos. A judicialização

da política permitiria, assim, a ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder e a institucionalização de um espaço público alternativo às clássicas instituições político-representativas, tratando-se de um novo estatuto de proteção aos direitos fundamentais e um verdadeiro instrumento de accountability dos atos emanados dos poderes políticos. Nesse sentido, a judicialização não pretenderia ser uma via de colisão com a tradição republicana, mas antes uma defensora dos seus ideais, ao fazer do direito e de suas instituições um recurso de modelagem social, à luz, evidentemente, dos limites institucionais de atuação do Judiciário que devem ser respeitados em uma teoria jurídica democrática.

3. CONCLUSÃO

A projeção dos tribunais na cena democrática deu-se, sobremaneira, como reação à entronização de valores morais irrenunciáveis nas constituições das principais democracias ocidentais em face à força vinculante que passaram a ter os valores de justiça. Essa mudança propiciou a generalizada experiência do constitucionalismo democrático que foi capaz de alterar sensivelmente a estrutura formalista do direito, quicá ao ponto de se falar em uma nova cultura jurídica. Tal modelo conduziu o juiz a transcender as suas funções tradicionais, passando a inquirir a realidade à luz dos valores e princípios dispostos constitucionalmente. Nesse sentido, projetou-se o Poder Judiciário a uma crescente expansão em seu âmbito de intervenção sobre as decisões dos demais poderes, pondo em evidência o seu novo papel à democracia e à concretização dos direitos fundamentais.

Apesar da grande importância que se atribui ao Judiciário na cena democrática, é imperativo destacar que os canais político-majoritários reservados à deliberação democrática devem ser reconhecidos como a via natural de concretização de escolhas políticas e, como consequência, de implementação dos direitos fundamentais. Afirma-se, portanto, que o Poder Judiciário não pode substituir-se às instâncias majoritárias de formação da vontade política. Os canais majoritários são os mais adequados para elaborar políticas públicas e promover reformas sociais na sociedade, uma vez que são mais aptos para acolher reivindicações sociais e implementar políticas equânimes distributivas e inclusivas.

O constatado engrandecimento do Judiciário, que vem acompanhado da retração dos poderes políticos, enseja, portanto, fortes objeções democráticas por ser prejudicial à ideia de autogoverno baseado no valor da representatividade do Parlamento como fonte de legitimação política, apontando ainda ao perigo de politização da justiça e de arrebatção do poder das mãos do povo, em evidente desequilíbrio político-institucional. Nota-se que há um paradoxo nessa expansão desmedida do Judiciário na cena democrática. Isso porque ele projetou-se com a consolidação e o aprofundamento da democracia. No entanto, o excesso de intervencionismo judicial acaba por ameaçar a própria democracia que o engendrou.

Há, entretanto, um locus legítimo de atuação do Poder Judiciário na proteção de certos núcleos fundamentais de direitos constitucionais. Ao se estabelecer referido locus, nota-se que a legitimidade do sistema de justiça decorre de sua atuação técnica e de seu respeito a uma ordem constitucional. Justifica-se o cumprimento das decisões judiciais pela expectativa de que elas se realizem conforme uma correção de critérios não sujeita a humores, decisionismos, arbitrariedades ou imprevisibilidades. É absolutamente incompatível com o regime democrático um Judiciário que pautе suas decisões por critérios de pessoalidade e sem contornos normativos, por mais elásticos e valorativos que sejam.

Conclui o trabalho no sentido de que é função do Judiciário garantir os direitos presentes na Constituição. A partir dessa perspectiva, qualquer diretriz política ou objetivo social coletivo que porventura contrarie preceitos constitucionais, sofrerá o controle do Poder Judiciário. Entretanto, nem sempre os casos apresentados ao Poder Judiciário deverão ter a sua apreciação. Isso ocorre especialmente em casos que envolvam objetivos coletivos da comunidade. Nessas hipóteses, o Poder Judiciário deverá ser deferente à política, i.e., aos processos majoritários de formação da vontade política. Assim, deve o Judiciário, nos moldes aqui propostos, recusar-se a substituir seu julgamento pelo do legislador quando a questão em causa for sobre as melhores estratégias para satisfazer o interesse coletivo por meio de metas de alcance geral da coletividade. Nestas ocasiões, as cortes deverão ser deferentes à arena política, uma vez que, em se tratando de assuntos de repercussão para a coletividade, é mais democrático deixá-los aos legisladores, que podem ser renovados a cada eleição e representar legitimamente as aspirações do povo, do que as confiar ao Judiciário.

Nesse sentido, defende-se a conjugação entre a premissa majoritária e a democracia constitucional, nos moldes propostos pelo substantialismo fraco, que seja capaz de harmonizar os valores procedimentais com os substantivos. Assim, mesmo reconhecendo a legitimidade política sob o olhar majoritário, concede-se primazia à dimensão substantiva ao defender a existência de um espaço protegido de direitos indisponíveis pelas maiorias legislativas, o que se coaduna com o constitucionalismo democrático e as evidentes limitações da regra da maioria em assegurar direitos individuais, notadamente em face ao ímpeto faccionista das eventuais maiorias que, por vezes, oprimem as minorias insulares.

Seguindo essa compreensão, entende-se que os elementos formais e substantivos estão inter-relacionados e se reforçam mutuamente. Isso significa que a substantividade exige e dá sentido aos procedimentos formais concebidos para garantir uma certa forma de argumentação política e de proteção de direitos. A forma deve ser interpretada a partir do conteúdo e o conteúdo não pode realizar-se sem a forma. Há, pois, uma relação de reforço mútuo entre ambos para, ao mesmo tempo, preservar certos valores de justiça, com a atuação dos tribunais à luz dos valores democráticos, bem como os limites ao princípio majoritário e evitar a crescente tendência de valorização do ativismo desmedido exercido pelo Poder Judiciário em detrimento do princípio democrático-majoritário, o que poderia provocar, indevidamente, uma substituição peremptória e arbitrária das instâncias majoritárias pela instância judicial.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. (2004), “Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem”, *Revista de Sociologia e Política*, vol. 23.
- CITTADINO, Gisele. (2004), *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- DWORKIN, Ronald. (2010), *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. (2002), *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. (2001), *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. (1999), *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

- GARAPON, Antoine. (2001), *O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas*. Rio de Janeiro: Renovar.
- HABERMAS, Jürgen. (1999), *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. Madrid: Editorial Trotta.
- LINARES, Sebastián. (2008), *La (i) Legitimidad Democrática del Control Judicial de las Leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- RAWLS, John. (2000), *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática.
- _____. (2002), *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- SUNSTEIN, Cass. (1994), *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- VERBICARO, Loiane Prado (2011). “A (i) Legitimidade Democrática da Judicialização da Política: Uma Análise à luz do Contexto Brasileiro”, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 13.
- WALDRON, Jeremy. (2012), “¿Ha Respondido Dworkin a los Estudios Críticos del Derecho?”, in MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (Editor). *Dworkin y sus críticos*. México: Tirantlo Blanch.
- _____. (2005), *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- _____. (2003), *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes.
- WERNECK VIANA, Luiz. (2002), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ.
- _____; Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. (1999), *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan.
- WERNECK VIANA, Luiz. (1996), “Poder Judiciário, Positivização do Direito Natural e Política”, *Estudos Históricos*, vol. 18.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1995), *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



UNIVERSIDADE
FEDERAL
DE PERNAMBUCO



CENTRO DE FILOSOFIA E
CIÊNCIAS HUMANAS

Departamento de
Ciência Política

Programa de Pós-Graduação
em Ciência Política



CAPES