

2 Judicialização da política

Judicialização da política é expressão cunhada por C. N. Tate e T. Vallinder, tendo como correlata a expressão *politização da justiça*, ambas indicando os efeitos da expansão do Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

Judicializar a política é, assim, utilizar os métodos próprios às decisões judiciais para resolver disputas e controvérsias políticas. A expressão comporta dois significados distintos: *from without*, ou judicialização da política *stricto sensu*, na esfera judicial, e *from within*, ou politização da justiça, nas searas executiva e legislativa. Pode-se afirmar que há judicialização da política no âmbito judicial, com a expansão do poder de revisão judicial de modo a alcançar as ações legislativas e executivas, tendo como pressupostos a constitucionalização de direitos e a previsão do mecanismo de controle recíproco entre os poderes – *checks and balances* (*from without*), ou, de outra ponta, nos poderes Executivo e Legislativo, na utilização de procedimentos judiciais na esfera desse poderes – no Executivo, através dos tribunais e juízes administrativos, e no Legislativo, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito²⁸ (*from within*, também denominada politização da justiça).

Sem embargo, a expressão *judicialização da política* é usada em sentidos diversos, muitas vezes confundida com a prática que se convencionou denominar ativismo judicial, como relata Joana de Souza Machado²⁹. Marcos Faro de Castro³⁰, pioneiro a tratar do tema no Brasil, adota o conceito que identifica os dois

²⁸ MACIEL, D. A. e KOERNER, A. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. p. 114.

²⁹ MACHADO, J. S. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. (Vide, em especial, capítulo 2) Segundo a autora, *ativismo judicial* designa algum excesso ou distorção no exercício da função jurisdicional – a tentativa da jurisdição constitucional “monopolizar os debates substantivos, sejam eles morais, políticos, ou pautados em uma pretensa ordem objetiva de valores” –, enquanto a denominada judicialização da política diz com as intervenções judiciais substantivas, em desrespeito às instituições político-majoritárias. Não obstante, autores como Gisele Cittadino e Luiz Verneck Vianna identificam um sentido positivo na judicialização, vista como um novo espaço público do qual o cidadão pode se valer, o espaço público judicial, por meio do qual, numa concepção de Constituição aberta, os intérpretes informais da Constituição podem dar início a processos de controle judiciais, como através do mandado de segurança coletivo, da ação popular, da denúncia de irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União, do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

³⁰ CASTRO, M. F. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. p. 1.

componentes da judicialização da política³¹:

(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).

Já Boaventura de Sousa Santos³² adota conceito um pouco diverso, afirmando que a judicialização da política conduz à politização da justiça. Para ele, há judicialização da política quando os tribunais afetam, no exercício habitual de suas funções, a ação política, podendo ocorrer pela via de baixa ou de alta intensidade. A primeira ocorre sempre que membros isolados da classe política são investigados ou julgados por condutas ilícitas, concernentes ou não com sua função. A segunda verifica-se quando parte da classe política vale-se do Judiciário, ao invés de utilizar-se dos mecanismos genuinamente políticos, para resolver seus conflitos internos, através de denúncias cruzadas, muitas vezes abusando dos meios de comunicação social.

Ainda segundo Boaventura, a politização da justiça consiste num “tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania”³³.

Loiane Prado Verbicaro³⁴, acolhendo apenas a primeira faceta do conceito formulado por C. N. Tate e T. Vallinder, define judicialização da política como “expansão dos poderes do Judiciário sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado”. Há, assim, uma transferência para o Judiciário de questões antes afeitas tão-somente aos poderes institucional e democraticamente constituídos para tal mister.

É exatamente esse tipo de judicialização da política, denominado *from wi-*

³¹ Também Ernani Rodrigues Carvalho (*Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*, p. 121), citando Vallinder, afirma que existem dois tipos de judicialização: “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.”

³² SANTOS, B. S. *A Judicialização da Política*. p. 1.

³³ *Ibid.*, p. 2

³⁴ VERBICARO, L. P. *A Judicialização da Política à Luz da Teoria de Ronald Dworkin*. p. 2/4.

thout, ou judicialização da política *stricto sensu*, cujo conceito se limita ao enfoque da ação judicial, em usurpação das funções dos poderes Executivo e Legislativo, que servirá de base ao trabalho, auxiliando na identificação dessa característica na atuação do Supremo Tribunal Federal.

O cerne do conflito que será analisado reside em, de um lado, uma política democrática, com destaque para a formação de uma cidadania ativa (relevo nas instâncias majoritárias de representação) e, por outro, um Judiciário que se intromete nos conflitos políticos do Estado (judicialização da política).

A respeito do tema, há uma bipolarização das opiniões dos estudiosos e operadores do direito, que se dividem entre os que consideram a judicialização da política um recurso necessário à garantia dos direitos fundamentais, formando a corrente de pensamento que Luiz Werneck Vianna³⁵ identifica como *eixo explicativo substancialista*, haja vista a supervalorização do objeto – ou da substância – sob a proteção judicial, a saber, os direitos fundamentais, representado, destacadamente, por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, e aqueles que vêem nessa prática uma afronta aos ditames da democracia deliberativa e uma usurpação da soberania popular, constituindo o denominado *eixo analítico procedimentalista*, que dá primazia ao procedimento de formação da vontade política, dentro do qual são identificados como principais expoentes Jürgen Habermas, Antoine Garapon e, pode-se acrescentar, Cass R. Sunstein.

A primeira corrente, segundo Werneck Vianna, defende que:

as novas relações entre direito e política, muito particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, seriam tomadas como, além de inevitáveis – diagnóstico mais forte em Cappelletti do que em Dworkin –, favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Especialmente nesse eixo, valoriza-se o juiz como personagem de uma *intelligentzia* especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente – vale dizer, não arbitrários – e como intérprete do justo na prática social. Esse caminho, porém, de “confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela evolução do direito”, longe de significar uma indicação ingênua de seus autores, é visto como “arriscado e aventureiro”, na medida em que, embora pleno de promessas, pode importar ameaças a uma cidadania ativa.³⁶

O segundo eixo, ainda conforme Werneck Vianna, prega que:

³⁵ VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 23/24.

³⁶ *Ibid.*, p. 24.

Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária.³⁷

A seguir será feita uma análise crítico-descritiva dos principais expoentes desses eixos, que servirá de substrato embasador dos juízos de valor que serão formulados acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal apresentadas no capítulo terceiro – que terão como parâmetro, ainda, o conceito de democracia deliberativa, que será detalhado no primeiro item do mesmo capítulo.

2.1 – Eixo explicativo substancialista

Como se demonstrará, para os adeptos desta corrente de pensamento, aqui representada por Dworkin e Cappelletti, o redimensionamento do papel do Judiciário e sua intromissão em matérias outrora afetas exclusivamente aos poderes Executivo e Legislativo não configuram fenômeno estranho à tradição democrática, mas, antes, como adverte Werneck Vianna, “uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário.”³⁸

2.1.1 Ronald Dworkin

Representante do eixo explicativo substancialista e, pois, defensor da atuação judicial na seara política, Ronald Dworkin critica o modelo do positivismo analítico de H. L. A. Hart³⁹, principalmente no que tange à atribuição de poder

³⁷ VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 23.

³⁸ *Ibid.*, p. 32.

³⁹ Hart afirma que em todo ordenamento jurídico existem casos que recaem em uma *zona clara de aplicação do direito*, em que o intérprete ou aplicador junte-se ao significado explícito da norma, não se podendo cogitar de discricionariedade, e casos que incidem em uma *zona de penumbra*, caracterizada por textos legais que fornecem uma diretriz incerta ou lacônica ao aplicador e lhe ensejam o uso da discricionariedade no cumprimento de seu ofício – é o que chama de textura aberta do direito: os legisladores, humanos, não podem prever todas as possíveis situações abarcadas pela norma. Essa *zona de penumbra* deriva das peculiaridades inerentes à linguagem, que é genuinamente ambígua e vaga. Dworkin posiciona-se contra a discricionariedade do aplicador ou intérprete, que, para ele, só pode oferecer uma única resposta correta para o caso que lhe é submetido a exame, baseando-se em princípios, que aproximam moral e direito. O autor critica também a

discricionário ao julgador diante de lacuna legislativa insanável – o que Hart denomina de textura aberta do direito –, e elabora uma teoria do direito que inclui os princípios como fonte cogente do direito, capaz de auxiliar o juiz a encontrar a resposta correta – a única resposta correta, primeiramente, e a melhor resposta possível, em sua evolução conceitual. Não há, desse modo, a separação estrita entre direito e moral como operada pelo positivismo⁴⁰.

Repudiando o que conceitua como ativismo judicial, prática afeta aos chamados pragmáticos – ou particularistas – e também o convencionalismo – formalismo –, desenvolve a teoria do direito como integridade, que, juntamente com os postulados da justiça, da equidade e do devido processo legal, formam o direito como um todo coerente e estruturado, fornecendo a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma dada comunidade.

Essa reconstrução do ordenamento jurídico, no entanto, só poderá ser levada a cabo com perfeição por um juiz imaginário, inventado por Dworkin, o juiz Hércules:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. (...) Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. (...) Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.⁴¹

separação operada por Hart entre direito e moral, ainda que este defenda a existência de um direito natural mínimo, e a exigência da identificação das normas pertencentes ao ordenamento jurídico por meio da regra de reconhecimento. A esse respeito, vide HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*, especialmente o capítulo VII.

⁴⁰ Há que se fazer uma ressalva, nesse ponto, para o fato de que Dworkin faz uma exposição caricata do que seria o formalismo, para facilitar a crítica e reafirmar sua teoria. Todavia, conforme acentua Noel Struchiner, “os formalistas sofisticados não são aqueles que acreditam em um paraíso conceitual, onde os conceitos são rígidos, estabelecendo categorias que são aplicadas de uma maneira tudo-ou-nada. (...) o formalista mais instigante é aquele, mais honesto e realista, que aceita que nem sempre a linguagem utilizada é totalmente clara, livre de indeterminações. Reconhecendo isso, o formalista aceita, também, que nos casos em que a linguagem não determina um único resultado de forma inequívoca, não existe alternativa senão procurar a fundamentação da solução em critérios que estão além das regras. O formalista sofisticado é aquele que está comprometido com o resultado gerado pela regra, isto é, pelo significado convencional das categorias empregadas na regra, sempre que ela aponta claramente para uma resposta, mesmo que o resultado seja contrário àquele que seria produzido se fosse aplicada a justificativa da regra ou a totalidade de razões relevantes para a decisão.” (STRUCHINER, N. *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional. A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico*. p. 10/11).

⁴¹ DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. p. 165.

Esse juiz, usando de sua sabedoria e sagacidade hercúleas, deverá ser capaz de “construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.”⁴²

Hércules não é um ativista, não devendo substituir o julgamento dos legisladores pelo seu quando a questão tiver por fundamento a política e não os princípios, como quando visar a alcançar o interesse coletivo através de metas, como a “prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação”⁴³.

Mas Dworkin defende uma postura ativista (que não se confunde com o que denomina de ativismo judicial), ainda que, por vezes, atenuada, seja por razões práticas ou por razões de princípios rivais, haja vista que os homens têm direitos morais contra o Estado, para além dos positivados. Para efetivar tais direitos, um tribunal ativista “deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”.⁴⁴

A solução proposta contra o risco de que os juízes façam escolhas erradas é conceber instituições que reduzam esse risco ao menor nível possível, identificando-se quais direitos os indivíduos têm contra o Estado, fundindo-se direito constitucional e teoria moral.⁴⁵

O Judiciário erigir-se-ia, então, em canalizador dos reclames das minorias excluídas do processo democrático, visto que os representantes eleitos devem agradar à maioria para continuar no poder⁴⁶.

A principal crítica de Dworkin ao positivismo jurídico reside, como visto, na permissão da aplicação da discricionariedade nos chamados casos difíceis, ou situados na zona de penumbra. Os casos difíceis são aqueles para os quais a norma positiva não oferece uma resposta imediata. Nessas hipóteses, o recurso aos princípios evitaria o uso da discricionariedade do juiz para a solução da questão posta a exame, valorizando-se, assim, os princípios da anterioridade e da democracia, já que não há a criação original de norma pelo julgador *a posteriori*.

⁴² DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. p. 182.

⁴³ *Ibid.*, p. 474/475.

⁴⁴ *Id.* *O Império do Direito*. p. 231.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 233.

⁴⁶ VERBICARO, L. P. *A Judicialização da Política à Luz da Teoria de Ronald Dworkin*. p. 14.

Com efeito, como os juízes não são eleitos, nem responsáveis perante o eleitorado, não têm legitimidade democrática para criar leis, ainda que para o caso concreto a ser julgado. Não podem, também, surpreender o cidadão, com a aplicação retroativa da regra criada, já que assim poderiam sancionar alguém pela infração de um dever que sequer existia antes da decisão judicial.

Dworkin afirma que essas objeções contra a originalidade da decisão judicial dirigem-se contra decisões baseadas em políticas – o que repele veementemente – e não em princípios: “Portanto, as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração.”⁴⁷

Decisões sobre políticas, que devem ficar a cargo dos representantes eleitos pelo voto majoritário, são aquelas em que se contempla algum objetivo coletivo da comunidade, enquanto nas decisões de princípio – essas, de atribuição dos juízes –, respeitam-se ou garantem-se, fundamentalmente, os direitos individuais ou de um grupo específico.

Ao contrário das regras, em que vige a lógica do tudo-ou-nada⁴⁸, os princípios comportam dimensão de peso ou importância, admitindo gradação. Eventual colisão entre princípios, porém, não gera a revogação de nenhum deles, não se resolve com base na idéia de validade, mas tão-somente mediante um processo de identificação que irá apontar, naquela situação específica, aquele que melhor se ajusta ao caso examinado, aquele que enseja a melhor resposta possível.

O magistrado teria, então, por função, reconstruir racionalmente o ordenamento jurídico, identificando seus princípios fundamentais, estejam ou não inscritos em documentos legislativos. Decidindo com base nesse direito identificado, o juiz não estaria *criando* direito novo, mas apenas “racionalizando o material nor-

⁴⁷ DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. p. 133.

⁴⁸ Deve-se mencionar, nesse passo, que, ao contrário do que quer fazer crer o autor, não há unanimidade na afirmação de que as regras apresentam essa característica de aplicação em termos de *tudo-ou-nada*. De fato, ainda quando superadas, as regras preservam sua validade jurídica e influenciam a tomada de decisão, tanto daquele que age contrariamente a elas, quanto do julgador, no momento em que analisa as consequências da conduta violadora. Como afirma Noel Struchiner, “a regra eleva o patamar de força necessário para que uma obrigação conflitante possa prevalecer e pode injetar um resíduo normativo mesmo nos casos em que não prevalece.” (STRUCHINER, N. *O Direito como um Campo de Escolhas: Por uma Leitura das Regras Prescritivas como Relações*. p. 11/12.). A esse respeito, vide ainda ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

mativo existente”⁴⁹. Assim, “enquanto o legislador constrói a ordem jurídica, o juiz a reconstrói”. Por isso o método de identificação desenvolvido por Dworkin é caracterizado como *reconstrutivo*.

Nesse sentido, não há surpresa numa decisão baseada em princípios, pelo simples fato de não haver norma expressa – lei aprovada, promulgada e publicada –, determinando qual a conduta a ser seguida em determinado caso, ou quem tem direito a uma decisão favorável numa demanda judicial. Se a obrigação, ou o dever anunciados estavam previstos em princípios, que fazem parte do ordenamento jurídico, tanto quanto a lei regularmente publicada, seria injusto que quem tenha o direito de vê-los cumpridos, por não constarem de lei, venha a sucumbir no processo judicial.⁵⁰

Como já adiantado, Dworkin repele uma atitude ativista por parte dos juízes, definindo ativismo judicial como o programa que prevê que os tribunais devem “desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante e revê-los de tempos em tempos (...), e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso”⁵¹. Contrapõe essa postura ao que denomina moderação judicial, cujo programa tem uma postura mais formalista, com o Judiciário mantendo as decisões dos outros setores do governo, mesmo contra a percepção particular dos juízes, com exceção dos casos extremos, em que a decisão governamental viole qualquer interpretação plausível ou um precedente inequívoco.⁵²

A moderação judicial pode ter por base dois fundamentos distintos e antagônicos, a teoria do ceticismo político e a teoria da deferência judicial, cujo ponto nevrálgico de discordância gira em torno da negação e da afirmação, respectivamente, da existência de direitos morais contra o Estado, além dos direitos expressamente garantidos pela Constituição. A teoria da deferência judicial, contudo, afirma que “instituições políticas, outras que os tribunais, são responsáveis pela decisão sobre quais direitos haverão de ser reconhecidos”⁵³.

Constitui argumento popular em favor da política da deferência o da democracia. Afinal, “quem deve decidir sobre essas questões controversas de teoria

⁴⁹ MAIA, A. C. e NETO, C. P. S. *Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*. p. 84/85.

⁵⁰ DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. p.135.

⁵¹ *Ibid.*, p. 215.

⁵² *Ibid.*, p. 216.

⁵³ *Ibid.*, p. 217.

moral e política?”⁵⁴ Uma maioria dos membros – vitalícios, não eleitos e irresponsáveis politicamente perante os cidadãos – de uma Corte Constitucional ou os legisladores eleitos para essa atribuição? A resposta de um democrata só pode ser a segunda das alternativas. As principais justificativas para tanto residem no fato de que as decisões tomadas pelos órgãos majoritários são mais bem fundadas que as dos tribunais e que é mais justo que uma instituição democrática decida.

O autor posiciona-se, entretanto, contra essa concepção de democracia que legitima apenas os órgãos eleitos e politicamente responsáveis para a tomada de decisões sobre princípios morais e políticos, negando-a aos tribunais, o que faz com que se situe entre os ativistas que tanto repele – mais especificamente, entre os defensores da judicialização da política. Com efeito, questiona:

“Por que deveríamos aceitar essa concepção de democracia? Dizer que esse é o significado de democracia não resolve nada, pois é um erro supor que a palavra, enquanto palavra, tenha um significado tão preciso. Mesmo que tivesse, deveríamos então reformular nossa questão e perguntar por que deveríamos ter democracia, se pressupomos que é isso que ela significa.”⁵⁵

Para ele, a democracia representativa é um mecanismo imperfeito para alcançar o bem-estar geral da comunidade:

“(...) funciona, até um certo ponto, como um tipo de caixa preta na qual competem diversos tipos de pressões, de modo que (se a comunidade tiver sorte) uma mão invisível irá produzir uma aproximação do bem-estar geral a longo prazo ou, no mínimo, uma aproximação maior do que aquela que, como bons motivos nos levam a crer, seria produzida por uma instituição diferente.”⁵⁶

Cria, então, um conceito de democracia para amparar sua teoria, avesso à democracia majoritária⁵⁷, com a inclusão de princípios constitucionais, conferindo

⁵⁴ Ibid., p. 220.

⁵⁵ DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. p. 221.

⁵⁶ Ibid., p. 496.

⁵⁷ Vejam-se, a propósito, as seguintes passagens, que bem expressam a aversão de Dworkin à democracia majoritária: “Essa Corte [Suprema Corte dos Estados Unidos] 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 ...”; “Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias. Em todo caso, Marshall decidiu que os tribunais em geral, e a Suprema Corte em última instância, têm o poder de decidir pelo governo como um todo o que a Constituição pretende dizer, e de declarar inválidos os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Constituição, corretamente entendida.”; “... que as instituições que chamo de ‘majoritárias’ nem sempre – ou nunca, como diriam alguns – representaram as opiniões ou os interesses da maioria dos cidadãos, e que a Corte às vezes exerceu o poder que, como declarou Marshall, tornaria essas instituições mais majoritárias do que teriam sido de outro modo.”

primazia aos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular.⁵⁸

Para explicar a teoria defendida, o autor discorre sobre três concepções antagônicas do direito ou três interpretações abstratas da prática jurídica americana, que denomina de convencionalismo, pragmatismo jurídico e, finalmente, direito como integridade.⁵⁹

O convencionalismo atém-se à legislação e ao precedente, deixando à discricionariedade judicial a decisão sobre os casos difíceis (modelo formalista). O pragmatismo, ao contrário, nega à legislação e ao precedente o caráter vinculante, encontrando justificativa para o exercício do poder coercitivo do Estado apenas na “justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes”⁶⁰ (modelo particularista).

Na concepção do direito como integridade, defendida por Dworkin, tem-se que a integridade é uma virtude, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, formando o direito como um todo coerente e estruturado; o “direito purificado”⁶¹. Integridade, no entanto, não quer dizer apenas coerência:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.⁶²

Diferentemente do convencionalismo, que se volta para o passado, e do

(DWORKIN, R. *O Império do Direito*. p. 4, 426 e 427 – nota de rodapé nº 2 –, respectivamente.)

⁵⁸ Adepto da democracia liberal, conceito que será esmiuçado mais adiante, Dworkin sustenta a supremacia dos direitos fundamentais ante a soberania popular, protegendo os direitos individuais frente às deliberações majoritárias. Seu objetivo é resgatar o liberalismo da pecha conservadorista (de teoria que visa a preservar a propriedade privada contra o avanço das filosofias igualitárias) que lhe foi imposta no desenrolar dos acontecimentos históricos, e oferecer uma “filosofia política liberal de caráter progressista e radical” (CALSAMIGLIA, A. *Por que es importante Dworkin?* p. 163.), calcada no princípio da igualdade de consideração e respeito. Adverte Vera Karam de Chueiri que a teoria de Dworkin é criticada, nesse aspecto, no Brasil, por não possibilitar ao Judiciário assegurar os direitos sociais, prevendo apenas a proteção dos direitos individuais, já que patente a carência no país tanto de uns quanto de outros. Contra essa crítica, Dworkin se defende, afirmando que o “reconhecimento dos direitos sociais pressupõe o dos direitos individuais”. (CHUEIRI, V. K. e SAMPAIO, J. M. A. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91*. p. 64.). Como se verá mais à frente, a teoria da democracia deliberativa, superando essa dicotomia liberal, proporciona uma relação equilibrada entre a soberania pública e a privada, ambas submetidas à deliberação popular, mas sempre assegurados os direitos das minorias e o devido procedimento de formação legislativa.

⁵⁹ DWORKIN, R. *O império do direito*. p. 118.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 185.

⁶¹ *Ibid.*, p. 478.

⁶² *Ibid.*, p. 264.

pragmatismo, que visa ao futuro, o direito como integridade, ao partir do pressuposto de que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, abrange tanto o passado quanto o futuro; interpreta a “prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”⁶³: “Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.”⁶⁴

Os princípios de justiça, equidade e devido processo legal funcionam como vetores indicativos do acerto de uma proposição jurídica, pois fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma determinada comunidade. A justiça é pertinente à correta distribuição dos bens, oportunidades e outros recursos. A equidade concerne à estrutura correta do sistema, no que tange à distribuição adequada da influência sobre as decisões políticas. O devido processo legal adjetivo refere-se aos “procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu”.⁶⁵

O direito como integridade, no entanto, não se confunde com o ativismo judicial, repudiado pelo autor. A Constituição deve ser aplicada por meio de interpretação e não de acordo com o que pensam os juízes que a justiça exige, devendo adequar-se à prática constitucional. Ainda que envolva a moral política, um julgamento interpretativo:

(...) põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.⁶⁶

Em síntese, Dworkin define o “império do direito” como atitude construtiva: “sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com

⁶³ Ibid., p. 271.

⁶⁴ DWORKIN, R. *O império do direito*. p. 271.

⁶⁵ Ibid., p. 483.

⁶⁶ Ibid., p. 452.

relação ao passado.”⁶⁷

O autor classifica a autodeterminação, tão cara aos comunitários e aos procedimentalistas, como uma arma perigosa à disposição de terroristas, como adverte Gisele Cittadino:

Dworkin admite que os comunitários reconhecem que os direitos morais individuais devem ser respeitados pela maioria política. No entanto, eles nunca deixam de afirmar o quão injusto é impedir a maioria política de definir o seu próprio destino. O compromisso dos comunitários com as “liberdades dos antigos”, ou seja, com “*esse tipo de liberdade que estadistas, revolucionários, terroristas e humanitários têm em mente quando insistem que a liberdade deve incluir o direito ... do povo de governar a si mesmo*”, revela, segundo Dworkin, “*a mais potente e perigosa idéia política do nosso tempo: a autodeterminação*”.⁶⁸

O Judiciário tem, assim, a função tutelar, de proteção do povo contra si mesmo, caracterizando o povo como incapaz, ou hipossuficiente, sem condições de escolher representantes que lhe assegurem seus direitos e interesses. Desse modo, somente o Judiciário – mas não qualquer juiz, apenas o juiz Hércules – é capaz de produzir uma interpretação *correta* da Constituição.

Vê-se, aqui, argumento semelhante ao já utilizado por Madison e Hamilton, nos artigos federalistas, desta feita para justificar a criação do Senado⁶⁹: o povo precisa de um “órgão superior” para proteger-se de si mesmo, vez que incapaz de eleger, pelo voto majoritário, representantes que persigam seus interesses, ou de persegui-los diretamente, necessitando da tutela daquele que dará a última palavra em matéria de direitos individuais, ainda que contrária à vontade da maioria. A democracia transforma-se, assim, na tirania de Hércules, o deus que tudo vê e tudo sabe, único com poderes de identificar quais são e decidir sobre os direitos

⁶⁷ Ibid., p. 492.

⁶⁸ CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 157.

⁶⁹ Exemplo ilustrativo desta posição dos chamados “pais fundadores” da Constituição americana pode ser extraído do seguinte trecho: “Para uma gente tão pouco ofuscada pelo preconceito ou corrompida pela bajulação como esta a que me dirijo, não hesito em acrescentar que tal instituição [o Senado] pode ser por vezes, para o povo, uma defesa necessária contra seus próprios erros e enganos temporários. Assim como nos governos livres a opinião serena e ponderada da comunidade deve, em última instância, prevalecer sobre as idéias de seus governantes, também há momentos especiais nos negócios públicos em que o povo, estimulado por uma paixão anormal, ou uma vantagem ilícita, ou iludido pelos embustes ardilosos de homens de má-fé, pode reclamar medidas que mais tarde ele próprio não hesitará em lamentar e condenar. Nesses momentos críticos, será salutar a interferência de um corpo moderado e respeitável de cidadãos, para deter essa corrida desorientada e evitar a desgraça que o povo prepara para si próprio, até que a razão, a justiça e verdade possam recuperar seu poder sobre o espírito do povo.” (MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *Os Artigos Federalistas. 1787-1788*. p. 406.). A esse respeito, vide também LEAL, V. N. *A divisão de poderes do quadro político da burguesia*. p. 92/113, e NEGRI, A. *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*.

dos cidadãos.

Para justificar sua aversão ao princípio majoritário, Dworkin pondera, primeiramente, que não é justo que a maioria decida sobre os direitos contrários a si, porque estaria julgando em causa própria. Ademais, as instituições democráticas nem sempre têm maior probabilidade de chegar a resultados mais bem fundamentados sobre os direitos morais dos indivíduos, haja vista a pressão política a que os legisladores estão constantemente sujeitos:

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido.⁷⁰

O próprio autor, todavia, levanta a questão e reconhece o fato de que as decisões judiciais freqüentemente também são determinadas por fatores externos ao processo, como a formação intelectual, política e social dos juízes: “os juristas não precisam de provas para mostrar que os juízes divergem e que suas decisões com freqüência refletem sua formação e seu temperamento.”⁷¹ E ainda: “Disso não decorre que os juízes, à margem da censura da maioria, sejam pessoas ideais para decidir sobre esses direitos. Os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos.”⁷²

Outro argumento contrário pertinente é descrito por Dworkin, ao reconhecer a dificuldade de influência popular e, pois, democrática, sobre a Suprema Corte, haja vista demandar alteração constitucional através do árduo processo da emenda constitucional e, por outro lado, a grande facilidade que o povo encontra de sancionar os políticos que traem o mandato que lhes foi conferido através do voto, simplesmente não os elegendo no pleito seguinte:

Em tais circunstâncias, a teoria democrática insiste em que as próprias pessoas devem decidir se a Constituição proscreve a segregação, assegura a liberdade de aborto ou proíbe a pena de morte. Isso significa atribuir ao Estado e aos legislativos nacionais a última palavra sobre essas questões. As pessoas só podem contrariar a Suprema Corte mediante o processo complicado e improvável da emenda constitucional, que de qualquer modo exige muito mais do que uma maioria simples. Po-

⁷⁰ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. p. 448/449.

⁷¹ *Ibid.*, p. 10.

⁷² *Ibid.*, p. 448/449.

dem modificar o legislativo na eleição seguinte.⁷³

Essa situação torna-se ainda mais grave quando se constata que a grande maioria dos aprovados em concursos públicos ou indicados para o cargo de juiz provém da mesma classe social⁷⁴, o que, por óbvio, contamina as decisões, visivelmente não representativas da pluralidade característica das sociedades contemporâneas.

Como visto, para aplicar a técnica interpretativa do direito como integridade e encontrar a resposta correta ou a melhor resposta nos casos difíceis, Dworkin lança mão de um modelo contrafático de juiz, o juiz Hércules.

Considerando-se, entretanto, que essa técnica somente pode ser levada a cabo com perfeição por um “juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas”⁷⁵, Dworkin reconhece a inatingibilidade de sua teoria:

“Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto.”⁷⁶

Desse modo, confessa que a teoria desenvolvida de forma extraordinária pelo juiz que criou será diversa da teoria formulada pelos juízes mundanos e que, embora as decisões que tomem como base em suas teorias estejam atreladas ao que a lei ou o precedente exigem, inevitavelmente estarão contaminadas por suas convicções intelectuais e filosóficas.⁷⁷

Ainda que se preveja a integração dos princípios ao ordenamento jurídico cogente, sua identificação ficará a cargo dos juízes, seres humanos, suscetíveis a erros, corrupção, abuso de poder, e gerará os mesmos casuísmos que a discricionariedade positivista, atribuída unicamente aos casos difíceis, enseja. Dworkin corrobora esse entendimento sobre a variabilidade das decisões judiciais de acordo com o órgão prolator:

⁷³ Ibid., p. 442.

⁷⁴ Antoine Garapon noticia o intenso debate que tem sido travado na Inglaterra sobre a ausência de representatividade dos juízes, que são reprovados pela opinião pública por serem todos do sexo masculino e exclusivamente da alta burguesia, não havendo número suficiente de representantes das minorias culturais e étnicas. (GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 259/260.)

⁷⁵ DWORKIN, R. *O império do direito*. p. 287.

⁷⁶ Ibid., p. 294.

⁷⁷ Id., *Levando os Direitos a Sério*. p. 183/184

“A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo.”⁷⁸

E, acrescentar-se-ia, de qualquer princípio que porventura venha a ser apontado pelo juiz como condutor de sua decisão. Na verdade, o raciocínio judicial é inverso ao que prega a teoria de Dworkin: o juiz decide qual a melhor solução para o caso e, somente depois de decidido, usa da prerrogativa particularista que lhe concede a teoria para encontrar um princípio que justifique a decisão tomada. É uma operação de pura discricionariedade.

A inclusão dos princípios não positivados entre as normas cogentes do ordenamento jurídico viola princípios basilares muito caros ao Estado de Direito Formal, como a previsibilidade, a certeza, a segurança jurídica e a eficiência (maior custo de tempo, esforço e dinheiro – com peritos, por exemplo – para justificar a decisão que não se baseia diretamente nas regras), sem contar os argumentos relacionados à alocação de poder⁷⁹.

Com relação a esses últimos argumentos, como não se vive em um mundo ideal e o juiz Hércules é apenas um modelo contrafático criado por Dworkin, teme-se que os julgadores incidirão constantemente em erro, seja por ignorância, falta de tempo, motivações pessoais ou mesmo criminosas e poderão abusar de seu poder. Constatada essa realidade, um modelo formalista, que privilegie a vinculação às regras, ainda que possa gerar resultados subótimos em alguns casos esparsos, é preferível ao particularismo que permite ao juiz, em cada caso que lhe é submetido a julgamento, recriar o ordenamento jurídico da maneira que considere mais justa – identificando os princípios que acredita fazerem parte do ordenamento jurídico – e deixar de aplicar as regras que lhe pareçam inadequadas. Consoante ensina Noel Struchiner: “(...) as regras são importantes porque alocam poder para aqueles que estão realmente legitimados a decidir, mesmo que as suas decisões não sejam sempre corretas.”⁸⁰

⁷⁸ Id., *O império do direito*. p. 3.

⁷⁹ STRUCHINER, N. *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional. A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico*. p. 15.

⁸⁰ Ibid., p. 17. Para ilustrar essa concepção, o autor cita interessante exemplo, extraído da obra de Frederick Schauer, sobre o qual dificilmente haverá dissenso e que, embora não seja jurídico, é de extrema relevância para aclarar a questão: “(...) um psicólogo infantil se depara com uma cena na

O argumento aqui reside no fato de que, se existem sérias razões para que se duvide da precisão ou do acerto das decisões judiciais (e isso o exame de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal irá demonstrar), a melhor alternativa é entrincheirar suas decisões ao que dispõem as regras, elaboradas legitimamente através de procedimento legislativo democrático (fundamento político ou moral, que respeita a separação entre os poderes).

Comprovando-se que, ao menos no Brasil, a não observância das regras é, normalmente, mais prejudicial que a sua observância, mesmo que se admita a imperfeição das prescrições genéricas probabilísticas constituintes das regras, não se pode permitir que os juízes utilizem sua moral particular em substituição à moral positivada, ainda que convictos da injustiça ou do desacerto de tal prescrição para o caso concreto⁸¹. Ao contrário do que apregoa Dworkin, não se pode permitir a identificação, ao livre alvedrio do juiz, de princípios cogentes não positivados.

A insegurança jurídica ocasionada, em grande parte, pela inserção de valores morais no direito, alargando a margem interpretativa deixada à conta do Judiciário, é salientada por Ingeborg Maus, que ressalta que as vantagens de tal postura para os juízes – que obtêm, assim, meios de justificar suas decisões com base em critérios próprios de justiça – são solapadas pela incerteza quanto às proibições para os jurisdicionados e pela desvinculação às decisões soberanas do povo:

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente *a posteriori*, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi “proibido”, aprendendo a deduzir para o futuro o “permitido” (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços

qual um pai está em um ambiente público, um restaurante talvez, aos berros com o seu filho de três anos de idade dizendo que ele é um imbecil que não faz nada direito. O psicólogo sabe que isso não está certo e que a atitude do pai provavelmente não vai produzir o comportamento que o próprio espera de seu filho. Entretanto, o mais provável é que o *expert* não se intrometa na decisão. A razão da sua não intromissão não é por ele não saber o melhor método de abordar e chamar atenção da criança, mas simplesmente porque considera que se trata de uma decisão que não cabe a ele, mas ao pai.” (Id. *O Direito como um Campo de Escolhas: Por uma Leitura das Regras Prescritivas como Relações*. p. 17).

⁸¹ STRUCHINER, N. *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional. A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico*. p. 2.

de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso.⁸²

Noel Struchiner identifica nessa postura do julgador uma falta de modéstia, com a superestimação da própria capacidade de decidir corretamente. Tal perfeição no ato de julgar, todavia, só pode ser atingida por um juiz Hércules, o que não se vê no mundo real.

A opção por um modelo particularista ou formalista é política ou moral, devendo variar de acordo com o contexto histórico em que tomada⁸³, mas que, no cenário analisado, a saber, no Brasil, justifica-se “para que se evitem os custos morais da falta de certeza, segurança, previsibilidade, possibilidade maior de erros e para que as decisões sejam tomadas pelos agentes corretos”⁸⁴.

Outra crítica que pode ser feita à teoria de Dworkin é o fato de ser dirigida tão-somente aos chamados casos difíceis, parte ínfima do universo de situações

⁸² MAUS, I. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. p. 189/190.

⁸³ Noel Struchiner chama atenção para um importante efeito sistêmico da opção pelo modelo particularista, que são os efeitos sistêmicos de adaptação e os efeitos sistêmicos miméticos. Independentemente do acerto do juiz que afasta o “significado imediato do direito por razões instrumentalistas”, “o reconhecimento de seu desvio por outros agentes pode engendrar comportamentos indesejados dos mesmos em larga escala” (STRUCHINER, N. *Indeterminação e Objetividade. Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir*. p. 25/27). Os efeitos sistêmicos de adaptação, no âmbito judicial, são os causados quando a identificação da conduta desviante do juiz leva agentes não judiciais a comportarem-se de modo subótimo. O autor cita como exemplo reiteradas decisões judiciais em que se exime de despejo senhoras idosas inadimplentes com o aluguel de imóveis, desde que o proprietário tenha boa situação financeira. Tomando conhecimento dessas decisões, os locadores passariam a impor maiores restrições à locação de imóveis e o aumento do preço do aluguel para senhoras idosas, viúvas, ou casais idosos. Outro exemplo de efeito sistêmico de adaptação mencionado pelo autor é o das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento estranho à lista prevista pelo Ministério da Saúde, comprometendo significativamente o orçamento geral previsto para a área. Diante de um cenário de recursos escassos, inevitavelmente, parte da verba reservada às despesas com medicamentos em geral será comprometida com as demandas individuais (loc. cit.). Já os efeitos sistêmicos miméticos são os ocasionados pela imitação dos atos dos agentes decisórios. Nesses casos, o juiz particularista dá um mau exemplo a agentes sem sua capacidade de discernimento. Visualiza-se essa situação na errônea aplicação do princípio da proporcionalidade na fundamentação das decisões judiciais, cujo pontapé inicial foi dado pelo Supremo Tribunal Federal (ressalte-se que nem mesmo esse órgão vem usando com precisão o princípio, que virou uma espécie de panacéia para todos os males, como identificado por PEREIRA, B. R., em sua dissertação de mestrado intitulada *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*). Valendo-se mais uma vez da lição de Noel Struchiner: “Em suma, se um grande número de juizes que tomam conhecimento de desvios sistemáticos no direito, mesmo de desvios que são corretos para os casos em questão, utilizam esse conhecimento como uma espécie de carta branca ou convite para também se desviar nas ocasiões em que entendem adequadas, mas não possuem a mesma capacidade institucional de seus colegas, então temos boas razões para desejar que nem mesmo os juizes sábios tenham a prerrogativa de se desviar do direito nos casos em que o mesmo é determinado.” (STRUCHINER, N. op. cit., p. 28).

⁸⁴ STRUCHINER, N. *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional. A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico*. p. 19.

submetidas ao Judiciário. Não se deve tomar o todo pela parte: uma teoria que se pretende aplicável a todo o ordenamento jurídico não pode ter como lastro apenas parte dele. Nas palavras de Noel Struchiner: “(...) o fato de o direito ser necessariamente vago ou potencialmente vago não significa que ele seja radicalmente indeterminado. A sua indeterminação, fruto em boa parte de sua vagueza, se dá nas beiradas.”⁸⁵

Se na imensa maioria dos casos é fácil encontrar o que o direito determina, uma teoria idealizada à luz dos casos difíceis, ou na zona de penumbra, só pode apresentar uma visão parcial e tendenciosa do direito⁸⁶.

Embora admita que a judicialização da política – o autor fala em transferência de questões políticas ao Poder Judiciário – não constitui um modelo perfeito em termos democráticos, Dworkin afirma que é um instrumento viável, que tem tido repercussões positivas nos Estados Unidos da América⁸⁷.

Soa paradoxal que, munido por uma visão pragmática, que lhe impede de reconhecer o caráter democrático dos processos ultimados no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo das sociedades ocidentais – na verdade, das sociedades americana e inglesa, únicas objeto de análise pelo autor –, o autor proponha como solução um modelo de interpretação judicial somente alcançável por uma figura imaginária por ele criada, o juiz Hércules.

Vê-se, pois, que, não obstante tente afastar-se do particularismo, ou do que denomina de ativismo judicial ou pragmatismo, o autor formula uma teoria essencialmente desse viés, dependente da capacidade sobre-humana de um juiz imaginário para sua concretização. De volta ao mundo real, não resta alternativa para operacionalizá-la que não a pura e ilimitada discricionariedade judicial inicialmente repelida.

Ao invés de ater-se apenas aos casos situados na zona de penumbra, ou cinzenta, ou aos casos difíceis, a discricionariedade judicial, na teoria de Dworkin, permeia todo o ordenamento jurídico, impregnando de subjetivismo até mesmo as decisões proferidas nos casos mais elementares, em que a norma aplicável salta aos olhos à primeira vista.

⁸⁵ Id., *Indeterminação e Objetividade. Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir*. p. 20.

⁸⁶ STRUCHINER, N. *Indeterminação e Objetividade. Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir*. p. 12/13.

⁸⁷ DWORKIN, R. Juizes políticos e democracia. apud VERBICARO, L. P. *A Judicialização da Política à Luz da Teoria de Ronald Dworkin*. p. 15, e APPIO, E. *A Judicialização da Política em Dworkin*. p. 12.

2.1.2 Mauro Cappelletti

Na mesma corrente de pensamento, mas em sentido bem diverso de Dworkin, Mauro Cappelletti parte de uma análise mais processual do fenômeno da judicialização da política, perquirindo se a atividade judicial usurparia a legislativa, para responder, ao final, negativamente.

Admitindo, sem restrições, a discricionariedade judicial, afirma Cappelletti que a atividade interpretativa é intrinsecamente criadora e, assim, discricionária, mas que tal atributo não implica uma completa liberdade de vínculos, existindo limites processuais (que são da natureza do processo judiciário) e substanciais (precedentes, doutrina, legislação) à liberdade judicial, sendo que estes últimos não configuram requisitos essenciais à caracterização de um ordenamento jurídico, ou não constituem “elemento imprescindível da jurisdicionalidade”⁸⁸.

A partir apenas dessas afirmações seria difícil identificar a corrente a que se filia o autor, haja vista que, caso admita a vinculação do juiz à legislação, ainda que não constitua elemento imprescindível da jurisdicionalidade, relegando a discricionariedade judicial apenas aos casos de lacunas insanáveis, poder-se-ia enquadrá-lo como um formalista, livre das críticas tecidas pelo trabalho. Todavia, se admite que, mesmo diante da existência no ordenamento jurídico de limites substanciais, o juiz pode decidir contrariamente à lei, usando sempre de sua livre discricionariedade, filia-se ao particularismo.

Dando sinais, no entanto, de sua adesão à corrente particularista, atrela a expansão do Poder Judiciário à dos outros poderes: “Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno.”⁸⁹ À crescente assunção de atribuições pelo Legislativo, impostas pela agenda do *welfare state*, seguiu-se a delegação de parte dessas atribuições ao Executivo, ensejando o surgimento de um estado administrativo. O Judiciário, então, não podia mais conter-se, tendo de elevar-se ao nível dos demais poderes, como “o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o

⁸⁸ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* p. 24.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 19.

leviatanesco administrador.”⁹⁰

Mas tal ascensão do Judiciário não está isenta de perigos e do conseqüente desequilíbrio na balança entre os três poderes. Além dos riscos comuns aos demais poderes, como o de autoritarismo, inacessibilidade e irresponsabilidade, o Judiciário atrai outros que lhe são peculiares, que podem ser sintetizados como dificuldades técnicas ou operacionais, de eficácia das decisões e de legitimidade democrática:

Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade policialesca. (...) Acrescente-se que existem, todavia, no concernente ao poder judiciário, riscos também mais específicos e prováveis. Consistem eles, em relação à generalidade dos juízes, antes de tudo na dificuldade de controlar o emprego correto da discricionariedade legislativa e administrativa, especialmente nas hipóteses em que um sério controle exija o emprego de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas, as quais, embora possam estar à disposição do legislador e da administração pública, são amiúde dificilmente acessíveis aos tribunais judiciários, pelo menos por razões financeiras. Com muita dificuldade poderá o juiz, por exemplo, desenvolver ou fazer desenvolver investigações empíricas, cálculos econométricos ou apuradas pesquisas de laboratório. Existe, pois, também o perigo da inefetividade: como podem os tribunais controlar a correta atuação de pronunciamentos judiciários que, operando por definição no campo das obrigações do *welfare state*, para serem efetivamente obedecidos implicam, freqüentemente, por exemplo, uma atividade *continuativa* de parte das entidades administrativas ou até do legislador? E existe, por fim o problema da legitimação democrática.⁹¹

Nos países nos quais o Judiciário não se fortaleceu, houve a criação de organismos quase-judiciários, como as agências, conselhos, *ombudsman*, tribunais administrativos, árbitros etc., imbuídos da tarefa de controlar os abusos dos poderes políticos.⁹²

Ao contrário do que afirma o autor, todavia, tais órgãos não cumprem o mesmo papel do Judiciário, substituindo-o com vantagem em assuntos pertinentes à esfera administrativa. Afora a especialização técnica de seus membros, e o fato de terem conhecimento estratégico das questões internas à administração, adotam “procedimentos mais rápidos, simples, econômicos e acessíveis em relação aos

⁹⁰ Ibid., p. 47.

⁹¹ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* p. 49/50.

⁹² Ibid., p. 47.

tribunais ordinários”⁹³. Muitos desses órgãos contam, aliás, com ativa participação popular, compondo conselhos administrativos ou fiscalizatórios. No caso da arbitragem, o proveito reside na possibilidade de chegar-se a um consenso pacificador, entre iguais.⁹⁴

O próprio Cappelletti admite que tal fragmentação das funções judiciais pode ensejar um sistema eficiente de controle recíproco entre os poderes e gerar o equilíbrio almejado entre eles, que seria o único meio de sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas⁹⁵.

Prosseguindo-se na análise histórica explicativa do fortalecimento do Poder Judiciário no decorrer dos anos, constata-se que o nascimento do *welfare state* e o crescimento dos poderes Judiciário e Executivo foram fruto de um acontecimento histórico que modificou as relações econômicas, sociais e culturais em todo o mundo, a revolução industrial. A massificação gerada por essa revolução resultou também em conflitos, violações e prejuízos em massa, necessitando de medidas judiciais eficazes para combatê-los. Surgem, assim, as *class actions*, como resposta ao *Big Business* ou à *Big Organization*: “(...) tanto em face do *Big Business* quanto do *Big Government*, apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz”⁹⁶.

Outro fenômeno observado foi o surgimento de declarações de direitos fundamentais em quase todas as constituições do século XX, principalmente como reação aos abusos cometidos por regimes ditatoriais. A proteção jurisdicional desses direitos constitucionalmente tutelados passou a ser mais uma importante missão do Poder Judiciário, ante a crise de desconfiança no “estado leviatã”. Essa atribuição judicial incrementa ainda mais o poder discricionário dos juízes, haja vista o caráter essencialmente vago das cartas de direitos fundamentais a serem concretizadas⁹⁷.

Todos esses acontecimentos conduziram os juízes ao papel de criadores do direito, mas isso não implica confundi-los com legisladores, já que existe diferença essencial entre o processo legislativo e o jurisdicional, ainda que, do ponto de

⁹³ Ibid., p. 51.

⁹⁴ Como se verá, esse modelo, que permite a participação do povo na formação da vontade política, elimina os inconvenientes da judicialização da política à democracia deliberativa.

⁹⁵ CAPPELLETTI, M. op. cit., p. 53.

⁹⁶ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* p. 61.

⁹⁷ O preenchimento do conteúdo desses princípios, no entanto, não está sujeito à livre discricção judicial, devendo derivar das conclusões a se que chegou mediante o debate democrático que culminou na sua inclusão na Constituição.

vista substancial, ambos criem direito. Quanto à forma, ao procedimento, ou à estrutura, todavia, devem ser destacados: “O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.”⁹⁸

São fatores essenciais à atividade do juiz, que a difere da legislativa, o fato de que suas decisões devem estar correlacionadas com casos concretos que lhe são submetidos a julgamento – o juiz deve ser provocado –, a atitude de imparcialidade que deve ter, o grau suficiente de independência com relação às pressões externas, a necessidade de oportunizar o exercício do contraditório para as partes e de nunca julgar em causa própria.⁹⁹

Não obstante, ainda que se consiga visualizar, na prática, a existência de decisão tomada por juiz inerte, imparcial, não sucumbido às pressões externas que lhes são constantemente infligidas, sem interesse próprio e em obediência ao contraditório, não se pode deixar ao arbítrio deste julgador a livre escolha da regra que será aplicada ao caso, por faltar-lhe legitimidade para tanto. Mesmo neste cenário processualmente perfeito, não é aceitável a discricionariedade judicial nos chamados casos fáceis, por ofender princípios já arrolados como o da segurança jurídica, da eficiência, da previsibilidade, da certeza e os atinentes à alocação de poder.¹⁰⁰

Cappelletti reconhece os malefícios da criatividade judicial para valores como a certeza e a previsibilidade, gerando situação iníqua, pois apanha de surpresa aqueles atingidos pela decisão. Argumenta, porém, que essa mesma criatividade judicial pode contornar esses inconvenientes no caso concreto, evitando maiores prejuízos. Não se constata explicação, todavia, de como controlar-se essa criatividade judicial e quem pode exercer esse controle.

Verifica-se, no entanto, um movimento de jurisdicionalização dos processos legislativo e administrativo, com exigências, ou recomendações de audiências das partes envolvidas, regras para garantir a *fairness* desses processos, protegendo minorias ou “maiorias inadequadamente organizadas ou representadas” contra a ação parcial dos órgãos representativos e a recomendação ou até a determinação

⁹⁸ CAPPELLETTI, M. op. cit., p 74.

⁹⁹ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* p. 75/76.

¹⁰⁰ STRUCHINER, N. *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional. A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico.* p. 15.

de imparcialidade. Contudo, a inércia judicial jamais poderá ser levada para o âmbito legislativo ou executivo, e nem mesmo o contraditório poderá ser absoluto nos procedimentos desses órgãos, não se podendo pensar em paridade.¹⁰¹

A inércia judicial, entretanto, não é imprescindível ao procedimento deliberativo, composto por partes que representam seus interesses e argumentam em favor deles, num debate constante, no qual todos os argumentos devem constar da pauta, que não sofre qualquer restrição processual. A sistemática utilizada nas arenas judicial e legislativa é substancialmente diversa, em razão da essência mesma desses órgãos. É da essência do Judiciário ser inerte e imparcial, enquanto constitui parte indelével das atividades legislativa e executiva instaurar, independentemente de provocação, o debate acerca de questão que considerem merecer ser submetida ao procedimento democrático deliberativo. A exigência de paridade de armas no debate nada mais é que a concretização das premissas da teoria da democracia deliberativa, que pressupõe essa igualdade entre os debatedores.

Analisando-se o ataque ao ativismo judicial sob o prisma da “incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito”, observa-se que diversas críticas são feitas a esta postura ativista dos juízes e tribunais: não possuem os juízes os instrumentos necessários a tal decisão, que pede muito mais que o simples conhecimento jurídico, envolvendo “problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos”; não dispõem de recursos financeiros para arcar com as pesquisas necessárias; fundamentam suas decisões nas argumentações de advogados que servem tão-somente aos interesses de seus clientes; a inefetividade das decisões judiciais relativas à política; as decisões dos juízes são casuais, não ponderando adequadamente os custos e benefícios em larga escala da medida adotada, não vislumbrando a repercussão em outros setores também essenciais ante a um cenário de distribuição de recursos escassos, ou limitados e o fato de que nem todos aqueles que serão atingidos pela decisão fazem parte do processo e nela podem influir.¹⁰²

Essas acusações são refutadas, alegando-se que as deficiências técnicas podem ser supridas por peritos, *amici curiae*, ou outras formas análogas – alertando-se, todavia, para as dificuldades para o juiz de controlar o juízo do perito e possibilitar às partes o direito de defesa frente às perícias.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, M. op. cit., p. 77.

¹⁰² CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* p. 87/88.

Ademais, os poderes políticos também são incompetentes na aferição dos custos e benefícios de suas decisões, principalmente por estarem mais expostos a pressões externas de toda ordem. Além do fato de que o crescimento dos poderes judiciais foi uma necessidade imposta pelo crescimento dos ramos políticos, tendo o Judiciário por função precípua controlá-los. Tratando-se de atribuições ainda recentes, deve levar um tempo até que possa adaptar-se, podendo fazer cumprir seus comandos.

O que é apontado como uma debilidade, a saber, a dificuldade no cumprimento das decisões de índole política, pode ser visto como a grande força do Judiciário, já que induz os juízes a “comandar convencendo, em vez de constrangendo”¹⁰³.

É destacado ainda o risco de os tribunais, ao aproximarem-se por demais das características dos ramos políticos, perderem as qualidades que lhes são próprias.¹⁰⁴

Chega-se, então, ao debate acerca do caráter contramajoritário da criatividade judiciária. Contra a alegação de que a criatividade judicial é inadmissível porque antidemocrática, enumeram-se cinco argumentos. O primeiro deles rebate o caráter democrático dos processos políticos, acusados de nem sempre representarem a vontade da maioria. Por outro lado, o Judiciário não seria inteiramente destituído de representatividade. Primeiramente, porque os juízes das Supremas Cortes – análise voltada para os Estados Unidos – são indicados pelo Presidente, sob aprovação do Senado; e, depois, em virtude da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o que possibilita o seu controle popular.

Muito embora os tribunais possibilitem o acesso ao Judiciário de minorias excluídas do processo democrático, também no processo judicial essas partes podem encontrar obstáculos e dificuldades de toda natureza – principalmente econômicas –, o que torna, freqüentemente, pouco iguais suas chances.¹⁰⁵

A legitimidade democrática do processo judicial seria alcançada, por conseguinte, com a observância dos princípios inerentes a essa função, já arrolados, como o da imparcialidade do juiz, da inércia da jurisdição e do contraditório. Esse

¹⁰³ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* p. 90.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 90, nota nº 188.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 100. Como se verá, defende-se neste trabalho que a proteção ao direito das minorias, juntamente com a garantia da lisura do procedimento democrático, constituem as funções mestras do Judiciário, sua principal razão de existir.

último princípio, aliás, permite aos juízes um permanente contato com a comunidade e seus anseios por mudanças. Além do mais, como a atividade judicial deve estar baseada na lei, e esta conta com aprovação da maioria, o juiz que aplica a lei está, indiretamente, atendendo aos reclames majoritários.

Mas o próprio Cappelletti reconhece que, como a “lei é um mito”¹⁰⁶, que deve ser interpretada e completada pela atividade judicial, que é, pois, criativa, a vontade do juiz sempre prevalece sobre a da maioria, o que desnatura por completo seu argumento acerca da legitimidade democrática.

Outrossim, os princípios processuais elencados visam a assegurar a paridade de armas entre os contendores e a imparcialidade no julgamento, nada tendo a ver com a legitimidade democrática, que diz com o conteúdo jurídico da fundamentação da decisão judicial.

Por outro lado, ante a possibilidade de os juízes atuarem em contínuo contato com a comunidade, surgem também os perigos de influência externa, devendo manter-se “suficientemente independentes e afastados de pressões e caprichos do momento”¹⁰⁷.

Como último argumento, retorna-se ao ponto da necessidade de se ter um órgão capaz de controlar os ramos políticos para a concretização da democracia, em comentário avesso à democracia majoritária:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.¹⁰⁸

Para que o Judiciário possa atuar como perfeito controlador de todo o sistema, dois pressupostos inafastáveis são identificados, mas “não se verificam em toda parte, e nem ocorrem em nenhum lugar completamente”¹⁰⁹: o processo de seleção dos juízes deve ser aberto a todos os extratos da população e todos devem

¹⁰⁶ Ibid., p. 102.

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* p. 104.

¹⁰⁸ Ibid., p. 107.

¹⁰⁹ Ibid., p. 106.

ter igual oportunidade de acesso aos tribunais¹¹⁰.

Admite o autor, no entanto, que a elevação do chamado *terceiro poder*, embora seja vista como uma necessidade gerada pela metamorfose que sofreram as sociedades modernas, é um fenômeno arriscado e aventureiro.¹¹¹

Os argumentos expendidos podem ser desconstruídos, demonstrando-se que constituem afirmações falaciosas para justificar a imprescindibilidade de uma atitude ativista do Judiciário de intromissão nos assuntos políticos que lhe deveriam ser estranhos.

Com relação à deficiência técnica dos julgamentos e o recurso aos peritos, além das críticas, graves, apresentadas por Cappelletti, sabe-se que, ao menos o Judiciário brasileiro, não possui quadro de servidores próprio para atuar como *experts* em processos, tendo que requisitar serviços de profissionais não concursados para tanto. Tal requisição, afora o fato de atrelar a decisão judicial ao parecer de um particular, ainda que juramentado, o que não é recomendável, demanda despesas altas, que extrapolariam o orçamento do órgão caso utilizados esses serviços em todos os processos, para o esclarecimento dos juízes sobre todas as questões técnicas que lhes fogem ao alcance intelectual.

Os *amici curiae*, por outro lado, além de não terem compromisso algum com a imparcialidade, sua admissão na lide fica ao alvedrio do juiz, que sequer tem o dever de admiti-los em número paritário por tese defendida, não ouvindo todos os interessados e impondo limite temporal às manifestações, ao contrário do que ocorre no palco das deliberações democráticas.

Quanto à acusação de que também os outros poderes são incompetentes na aferição dos custos e benefícios de suas decisões, principalmente por estarem mais expostos a pressões externas, primeiramente, tem-se que a incompetência eventual ou pontual de um órgão não justifica a atribuição de poder exacerbado a outro, para também agir de maneira atabalhoada, usurpando da competência que lhe é própria. Ademais, não há indicação de quem controlará o controlador nesse sistema de controles recíprocos.

O Judiciário pode, entretanto, exercer sua função na engrenagem do sistema de controles recíprocos, sem que isso implique em usurpação da função dos demais poderes, pois, do contrário, sobrepõe-se em demasia, gerando um desequilí-

¹¹⁰ Ibid., p. 105.

¹¹¹ Ibid., p. 134.

brio no funcionamento da máquina estatal, que terá um de seus poderes fora de qualquer controle.

No que tange à dificuldade no cumprimento das decisões judiciais, o autor se atrapalha, a uma, ao tentar justificar a inefetividade com o fato de que as decisões na seara política são um fenômeno recente e que os tribunais encontrarão um meio de fazerem-se obedecer, sem indicar como isso se dará. A duas, ao subverter uma das características básicas da jurisdição, que é a coercibilidade, afirmando que os tribunais terão a virtude de “comandar convencendo”. Ora, uma decisão judicial não pode ter que apelar ao convencimento para ser cumprida, sob pena de jamais o ser. Esses argumentos constituem uma confissão da intangibilidade da posição defendida.

Por fim, com relação à alegação de que as decisões políticas nem sempre expressam a vontade da maioria, tem-se que o processo político é democrático por excelência e se, por alguma razão, não resultar na manifestação da preferência majoritária, cabe ao Judiciário, agindo dentro de seus poderes-fim, perquirir se houve abuso ou corrupção, não arvorar-se em legislador ou administrador. Por outro lado, o controle do Judiciário, mesmo diante de decisões fundamentadas, dá-se sempre apenas pelo próprio Judiciário, o que não soa nada representativo, como quer demonstrar o autor.

De fato, partindo de uma perspectiva pragmática de cunho pessimista, Cappelletti não acredita que a democracia representativa possa promover a razão e a justiça, haja vista a exclusão das minorias do processo de formação da vontade do soberano, conforme assevera Werneck Vianna:

Cappelletti, subscrevendo os argumentos de Shapiro, não reconhece que o Executivo e o Legislativo possam se comportar como instituições de vocalização da vontade popular, uma vez que, de fato, operariam como “complexa estrutura política, em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder [e] o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...) e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes”.¹¹²

Tal afirmação é inverídica, todavia. Como já salientado, o Judiciário também é freqüentemente submetido ao mesmo nível de pressão política que se denuncia impor-se sobre as instituições majoritárias, podendo resultar em decisões tão viciadas ou antidemocráticas quanto às tomadas no processo legislativo.

¹¹² VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 34.

Vê-se, pois, que se parte de uma constatação pragmática, de afirmação da ausência de representatividade democrática e ineficiência dos órgãos políticos, mas, ao explicar-se como se dá a legitimidade democrática do Judiciário, apela-se para condições hipotéticas, que, o próprio autor admite, não são verificáveis na prática, e a argumentos falaciosos facilmente derrubados. Não se diz, também, quem controlará o Judiciário, o terceiro gigante.

É importante destacar, ao final, a ressalva feita por Cappelletti de que sua análise restringe-se aos países desenvolvidos: “Nenhuma tentativa foi realizada, pelo contrário, para estender a análise ao ‘terceiro mundo’ dos países em via de desenvolvimento, nos quais os problemas que estão à base deste estudo colocam-se de maneira muito diversa.”¹¹³

2.2 Eixo analítico procedimentalista

A corrente analítica procedimentalista, na qual, cabe lembrar, figuram como representantes Antoine Garapon, Jürgen Habermas e Cass R. Sunstein, promove uma junção, sem qualquer ordem de preponderância, entre autonomia pública e privada. Ainda que se destaque a institucionalização de procedimentos deliberativos, que valorizam a soberania, a cidadania ativa – autonomia pública –, não se descarta, em momento algum, da garantia dos direitos individuais fundamentais – autonomia privada.

Ana Paula de Barcellos define a vertente procedimentalista como aquela em que se afirma que “cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas.” Nada obstante, tal concepção defende que devam ser asseguradas condições mínimas ao exercício da democracia, sintetizadas pelos princípios da igualdade e liberdade.

“De fato, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania.”¹¹⁴

¹¹³ CAPPELLETTI, M. *Juizes Legisladores?* p. 111.

¹¹⁴ BARCELLOS, A. P. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.* p.38.

José Eisenberg ressalta a importância da soberania pública para a corrente procedimentalista, resumindo-a nestes termos:

Neste eixo busca-se (...) uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que (a) permita a reorganização e o fortalecimento de uma cidadania ativa no âmbito da sociedade civil; (b) seja capaz de recuperar o sentido original da idéia de soberania popular que está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no Ocidente; e (c) substituir, assim, a função paliativa dos atores do Judiciário enquanto contrapeso radical às desigualdades sociais resultantes do modelo vigente.¹¹⁵

Uma análise crítico-descritiva das idéias de cada um desses representantes, como a seguir será levado a efeito, facilitará a compreensão da dialética que se estabelece entre os dois eixos, auxiliando, ainda, na tomada de posição no que tange à característica da judicialização da política identificável nas decisões do Supremo Tribunal Federal, como será visto no capítulo terceiro.

2.2.1 Antoine Garapon

Antoine Garapon, um magistrado francês, faz uma análise mais sociológica do fenômeno observado da judicialização da política, apontando a maior participação popular nas decisões políticas e judiciais como a saída para neutralizar o déficit democrático gerado por esse cenário.

Procura identificar as razões da crise de legitimidade dos poderes políticos, relacionando o engrandecimento da Justiça com o enfraquecimento da cidadania ativa. A excessiva intervenção judiciária seria o resultado tanto do enfraquecimento do Estado, sob pressão do mercado, como do “desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos”.

“Essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que ele é sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia.”¹¹⁶

Os juízes são chamados, então, a regular um sem-número de setores da vida social, como a vida política (direitos de minorias parlamentares, *denuncismo* co-

¹¹⁵ EISENBERG, J. *Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política*. p. 45.

¹¹⁶ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 26.

mo forma de degradação da imagem do adversário pela mídia, através do processo), a vida internacional (tribunal penal internacional), a vida econômica (fusão ou incorporação de empresas), a vida moral (julgamento de casos que envolvem a bioética, como o da legalidade das pesquisas com células-tronco), a vida social (greve em setores estratégicos, fornecimento de medicamentos a pessoas carentes, prevenção da delinquência), a vida privada (divórcio, guarda de menores). O juiz torna-se, enfim, “uma referência para o indivíduo perdido, isolado, sem raízes – produzido por nossas sociedades –, que procura no confronto com a lei o último resquício de identidade”.¹¹⁷

A valorização extraordinária do papel do juiz que se verifica atualmente não constitui uma escolha deliberada, mas uma “reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo.”¹¹⁸ “Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares.”¹¹⁹

A figura do juiz ocuparia, assim, um lugar simbólico, deixado vazio pelos poderes Executivo e Legislativo, e mesmo pelos outros referenciais da sociedade, como a família e a Igreja, personificando uma moral perdida.

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”.¹²⁰

Garapon visualiza a migração do espaço simbólico da democracia do Estado para a justiça. O direito torna-se a nova linguagem política e o debate judiciário individualiza as obrigações. O “cidadão-suplicante” crê que, desse modo, pode controlar melhor sua representação.

O direito passa de instrumento de conservação a meio de contestação social:

¹¹⁷ Ibid., p. 24.

¹¹⁸ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 26.

¹¹⁹ Ibid., p. 27.

¹²⁰ Ibid., p. 48.

“O direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço de arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política.”¹²¹

Esse processo resultará na desnaturação da democracia: “(...) o mau uso do direito   tão ameaçador para a democracia como o seu pouco uso. A democracia jurídica hoje é pensada apenas de modo negativo e defensivo, correndo o risco de implodir.”¹²² O recurso   justiç a para tudo pode levar à criminalização das relações sociais e   tirania das minorias. A liberdade deve ser trabalhada em seu aspecto positivo, como possibilitadora da participação popular no debate sobre o direito, e não ser vista apenas no seu cunho negativo, como direito chamado de primeira dimensão.

Tantas são as expectativas que hoje se depositam na justiç a, que ela fatalmente decepcionar : “Para prevenir o desmoronamento da democracia (...)   preciso analisar os paradoxos com os quais ela é confrontada, vindo em primeiro lugar, naturalmente, o poder inédito atribuído aos juízes.”¹²³

O juiz não se vincula mais   lei, vaga, descartável, mal redigida, obsoleta, podendo se valer de fontes externas. A lei e o direito não se confundem mais. “A lei torna-se um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz.”¹²⁴

A tentativa de uma redenção pela justiç a, aliada à atuação da média em assuntos ligados à justiç a, conduz a sociedade   iminência da perda da soberania popular. Como ressalta Garapon:

Ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democrática como técnicos encarregados de produzir normas, em intera o com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submetermos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco   de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania.¹²⁵

O autor chama atenção para o papel da média, por sua atuação e como recurso utilizado por alguns juízes. De fato, a m dia julga sob os holofotes e sem ao

¹²¹ Ibid., p. 50.

¹²² Ibid., p. 53.

¹²³ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 53.

¹²⁴ Ibid., p. 41.

¹²⁵ Ibid., p. 62.

menos oportunizar o direito de defesa; seus julgamentos, além de sumários, são irreversíveis, dada a impossibilidade de retratação nos mesmos moldes e com o mesmo alcance da divulgação difamadora.

Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelar-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de “vir à tona”. A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. (...) O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual.¹²⁶

Cai-se, então, num círculo vicioso, em que “cada um encontra a absolvição de sua transgressão na transgressão do outro – a mídia se faz juiz, alguns juízes se aventuram sobre o terreno político, e os políticos denunciam a conspiração... para se isentarem.” Garapon conclui, afirmando que é nesse ponto que o direito começa a ser esquecido, “na transgressão da regra em nome de uma pretensa moral superior.”¹²⁷

A mídia conduz à ilusão de uma democracia direta, com o acesso à verdade sem mediação. Com a pretensão de incorporar a opinião pública – quando, na verdade, incorpora, quando muito, a emoção pública – e impô-la aos juízes, a mídia destrói as três distâncias essenciais à justiça: “a delimitação de um *espaço* protegido, o *tempo* diferenciado do processo e a qualidade oficial dos personagens do seu drama social. Ela desloca o espaço judiciário, paralisa o tempo e destitui a autoridade.”¹²⁸ Ao mesmo tempo em que a mídia multiplica o poder dos juízes, os expulsa de sua jurisdição.

Boaventura¹²⁹ compartilha da mesma preocupação com relação aos meios de comunicação no conflito entre o judicial e o político, ponderando que qualquer iniciativa que tenha por vetor atenuar esse conflito não se pode descurar desse importante ator.

Cria-se, assim, uma idéia do juiz como justiceiro, mais valorizado quanto mais violar as regras para alcançar uma pretensa *justiça*, gerando insegurança jurídica. O juiz não dispõe de meios ou mesmo conhecimento orçamentário e estru-

¹²⁶ Ibid., p. 66.

¹²⁷ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 68.

¹²⁸ Ibid., p. 76.

¹²⁹ SANTOS, B. S. *A Judicialização da Política*. p. 1.

tural para legislar, e quando *legisla* no caso concreto que lhe é submetido, o faz para situações pulverizadas, desconexas, em prejuízo também para o princípio da igualdade. Acresça-se a isso a total irresponsabilidade política de que goza o juiz – “as restrições econômicas ou de política internacional lhe são estranhas”. De fato, constata Garapon:

“O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um *status* privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia...”¹³⁰

Garapon defende, então, o que considera um desafio: a necessidade de se estabelecer a complementaridade entre democracia e justiça, utilizando-se o poder Judiciário para dinamizar a democracia.¹³¹ A tarefa é árdua, já que a própria justiça constitui um óbice: “(...) a posição da justiça é paradoxal: reage a uma ameaça de desintegração, para a qual, entretanto, ela contribui. (...) A justiça corre o risco de ser prisioneira em seu próprio jogo e excluída pelo mesmo movimento que a impulsionou para a boca da cena.”¹³²

Para combater o *mal* descrito, o antídoto é o incentivo à participação popular nas questões ligadas à justiça, como no julgamento pelo tribunal do júri, na busca por soluções consensuais para os conflitos, dirigidas por juízes leigos, e, aludindo-se ao caso francês, às chamadas casas de justiça¹³³. Esta descentralização da justiça é salutar, haja vista que, “numa sociedade de múltiplas legitimidades, nenhum ator, público ou não, pode pretender encarnar sozinho o interesse geral”¹³⁴.

Essas formas de participação popular incrementam, quando não fazem brotar, o sentimento de civilidade, estimulando a participação do cidadão nos rumos do país. Trata-se de uma auto-regulação, ou uma *self-advocacy*¹³⁵ do sujeito, que devolve aos legítimos interessados a administração da vida coletiva, configurando a verdadeira democracia. Nesta espécie de *democracia descentralizada*, o Estado homologa o direito estabelecido pelas próprias partes. Restitui-se, assim, a sobe-

¹³⁰ GARAPON, A. op. cit. p. 74.

¹³¹ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 171/172.

¹³² *Ibid.*, p. 174.

¹³³ Segundo o autor, são instituições onde se pratica a mediação civil e penal. *Ibid.*, p. 228.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 232.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 234.

rania aos cidadãos. Prova de que esse sentimento de civilidade pode ser cultivado, vê-se na secular instituição do tribunal do júri. Nas palavras de Garapon:

Os jurados se vêem bruscamente como cidadãos, e aqueles que, no café da esquina, alardeavam contra o aumento da delinqüência e exigiam a dispensa de delicadezas para dominar malfeitores, agora procuram conhecer melhor a verdadeira face desses homens que lhe falam, interrogando-os sobre o justo e o injusto, sobre a finalidade da pena. Há poucos lugares onde se pode observar tão claramente a evidência da democracia. É a responsabilidade social que forja o cidadão. (...) O afastamento do Estado deve ser compensado pela maior atribuição de responsabilidade aos próprios cidadãos. É preciso despertar o sentimento cívico que o assistencialismo e o bem-estar previdencial haviam feito adormecer.¹³⁶

Muito embora os cidadãos, em regra, preocupem-se muito mais com seus assuntos particulares, tomam parte da vida social ao integrarem-se a igrejas, sindicatos e associações diversas, o que faz deles cidadãos ativos. Como relata Gisele Cittadino:

(...) é possível, segundo Walzer, afirmar que “no quadro dos partidos e dos movimentos sociais têm lutado pela expansão da cidadania democrática (movimentos de trabalhadores, feministas, a luta pelos direitos civis nos EUA e seus equivalente em outros países, o movimento ecologista), qualquer coisa do sentimento da comunidade tem conseguido sobreviver; estes movimentos têm sem dúvida suscitado um sentimento de solidariedade, um ativismo e um engajamento quotidiano de um grande número de homens e mulheres”. Ainda que fragmentada, “a sociedade civil hoje é igualmente um domínio de cooperação, onde os cidadãos trabalham em conjunto em vista do interesse comum (...) É possível fazer da cidadania uma experiência mais concreta e mais realista; ela permite ampliar a vida pública e a responsabilidade cívica.”¹³⁷

Com efeito, todo cidadão é detentor de parte da soberania e deve exercê-la em sua plenitude, máxime quando a atuação jurisdicional extrapola suas funções: “Mas se todo juiz é um representante, todo cidadão é igualmente um juiz: eis a grande herança de 1789. Todo cidadão é por isso detentor de uma parte da soberania.”¹³⁸

O cidadão deve agir contra a exorbitância da atuação judicial, que, numa democracia, é a exceção, enquanto o júri deve ser a regra: “‘É uma coisa espantosa’, já dizia Cícero, ‘que, quando é preciso produzir, exista tanta diferença entre o homem instruído e o ignorante, e que exista tão pouca quando é preciso jul-

¹³⁶ Ibid., p. 262/263.

¹³⁷ CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 160, nota 284.

¹³⁸ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 260.

gar’.”¹³⁹ A cidadania ativa é o antídoto mais eficaz contra o desvio da soberania que vem se consolidando no seio desse movimento de judicialização da política.

Essa integração da população ao espaço público não é utópica, nem distante da realidade, ao menos não da realidade brasileira. De fato, comprovando a plausibilidade e a aplicabilidade da teoria de Garapon, têm-se, no Brasil, vários exemplos de participação popular nos processos decisórios legislativo e executivo, como as audiências públicas realizadas no âmbito do Banco Central, da Agência Nacional de Telecomunicações, da Agência Nacional de Energia Elétrica, entre outras, e promovidas pelo Legislativo federal, estadual e municipal para colher opiniões da sociedade civil sobre determinada matéria a ser legislada; na esfera municipal tem-se o orçamento participativo, os conselhos de pais nas escolas, conselhos de bairros, dentre tantos outros exemplos que podem ser colhidos da experiência nacional.

Na esfera judicial, entretanto, afora os casos da competência do tribunal do júri – bem diminutos, no Brasil –, caminha-se mais lentamente rumo à efetiva participação popular nas decisões tomadas. Em que pesem tentativas de legitimação da atividade do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade de normas, com a feitura de audiências públicas e admissão de *amicus curiae*, o modelo carece de regulamentação para que tome ares de participação democrática.

Para tanto, dever-se-ia possibilitar a manifestação de todos os interessados, sempre que solicitado, promovendo-se um amplo debate entre eles, com direito a réplicas e trélicas, numa discussão que tenha por fim um consenso. O modelo seria, em qualquer hipótese, falho, por ser inviável, ante ao sistema processual vigente, vincular a decisão dos magistrados ao resultado do debate realizado, motivo pelo qual não se poderia permitir àquele órgão, de toda forma, a intromissão em matérias reservadas às instâncias majoritárias.

2.2.2 Jürgen Habermas

O alemão Jürgen Habermas figura como outro importante representante do eixo analítico procedimentalista, ao propugnar a institucionalização de mecanis-

¹³⁹ Ibid., p. 260.

mos que viabilizem a prática da democracia deliberativa, produzindo-se um direito legítimo, na medida em que elaborado por seus destinatários, por meio do consenso entre iguais.

Tendo em vista os não tão longínquos acontecimentos que culminaram na 2ª Guerra Mundial, principalmente a legislação alemã que legitimou as barbáries nazistas, Habermas afirma, com propriedade, a inviabilidade de que países como a Alemanha mantenham uma teoria jurídica baseada na “confiança antropológica nas tradições”, como se verifica nos Estados Unidos da América.

O Brasil, também de recente história democrática, que, embora recorde para o país, conta com somente pouco mais de vinte anos ininterruptos – o que, em termos de História, ainda é muito pouco –, enquadra-se perfeitamente nesse cenário.¹⁴⁰

Habermas substitui, então, a noção de nacionalismo pela de patriotismo constitucional: “em mundos pós-convencionais, onde os indivíduos não integram sólidas comunidades étnicas ou culturais, são as Constituições que, incorporando um sistema de direitos, podem conformar uma ‘nação de cidadãos’.”¹⁴¹ O patriotismo constitucional tem como substrato uma concepção de cidadania democrática geradora de “solidariedade entre estranhos”.

A “nação de cultura” é, nesta perspectiva, substituída por uma “nação de cidadãos” e a identidade coletiva se configura agora através da força integradora da cidadania democrática. (...) Com o fim da consciência nacional convencional, o Estado-Nação é substituído por um Estado Democrático de Direito que conforma uma nação de cidadãos “que encontra a sua identidade não em comunidades étnicas e culturais, mas na prática de cidadãos que ativamente exercitam seus direitos de participação e comunicação”.¹⁴²

Constatada a “implosão da figura da razão prática pela filosofia do sujeito”, não havendo mais como fundamentar seus conteúdos na “teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem-sucedidas”, Habermas elabora a teoria do agir comunicativo, substituindo a razão prática pela comunicativa:

¹⁴⁰ De fato, assevera Habermas: “A enaltecida linha de desenvolvimento do Estado democrático de direito do ‘Atlântico Norte’ certamente nos proporcionou resultados que merecem ser preservados; todavia, os que casualmente não se encontram entre os felizes herdeiros dos fundadores da constituição americana não conseguem encontrar, em sua própria tradição, boas razões que aconselhem a separar o que é digno de ser conservado daquilo que merece crítica.” (HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 18).

¹⁴¹ CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 177.

¹⁴² *Ibid.*, p. 178.

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um *esemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer.¹⁴³

Foge aos limites deste trabalho uma exposição detalhada da teoria habermasiana do agir comunicativo, interessando, aqui, somente no que atine à democracia deliberativa, que pressupõe interação comunicativa entre os cidadãos no debate público.

Com efeito, Habermas afirma que o direito positivo só alcança legitimidade quando o legislador político, através do processo legislativo, possibilita uma integração social, por meio da qual os cidadãos, enquanto membros de uma comunidade jurídica livremente associada, produzem um entendimento acerca das regras a serem reconhecidas normativamente, através do agir comunicativo. Essa vontade dos cidadãos é legítima, pois resulta numa “autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos”¹⁴⁴, concretizando o que se denomina democracia deliberativa.

A categoria do direito assume papel de destaque na teoria do agir comunicativo, retirando dos indivíduos o fardo das normas morais, na medida em que as transfere para as leis que asseguram a compatibilidade das liberdades de ação. Essas leis – ou o direito positivo –, por sua vez, obtêm legitimidade através do processo legislativo, que se apóia no princípio da soberania popular. A legitimidade surge, assim, a partir da legalidade.¹⁴⁵

A teoria discursiva do direito parte do pressuposto de que argumentos mo-

¹⁴³ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 20.

¹⁴⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 54.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 114/115.

rais entram no direito através do processo democrático da legislação.¹⁴⁶ “O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que *os conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.”¹⁴⁷

Gisele Cittadino ressalta que a formação racional ou discursiva da vontade não implica uma negociação ou equilíbrio de interesses particulares, mas sim em um “exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado”:

Este acordo racionalmente motivado, enquanto procedimento discursivo, supõe um princípio de universalização, designado por princípio (U), segundo o qual “*toda norma válida deve satisfazer a condição de que os efeitos laterais de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo possam ser aceitos sem coação por todos os afetados*”.

O princípio de universalização é, portanto, a regra da argumentação em questões práticas. Ele substitui as concepções religiosas ou metafísicas de mundo às quais já não se pode recorrer, em face da moralidade pós-convencional, para a resolução dos conflitos. Em um mundo desencantado, apenas os discursos morais podem solucionar imparcialmente os conflitos. Neste sentido, a ética discursiva habermasiana, além de universalista, é formalista, pois o seu princípio regula um procedimento de resolução imparcial de conflitos.¹⁴⁸

Habermas atesta a co-originalidade entre autonomia privada e pública, na medida em que reconhece que o direito objetivo deriva dos direitos subjetivos que os sujeitos, reciprocamente considerados em seus direitos e deveres, como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica, atribuem-se uns aos outros, sendo reclamáveis judicialmente.¹⁴⁹ Uma vez que os direitos do homem só podem ser positivados através da autonomia política dos cidadãos, o princípio do direito emerge como um mediador entre os princípios da moral e da democracia.

Como se verá mais adiante, a democracia deliberativa propõe uma síntese do que de melhor se encontra nos modelos liberal e republicano, assim explicitados por Habermas:

Os liberais evocam o perigo de uma “tirania da maioria”, postulam o primado de direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes

¹⁴⁶ Ibid., p. 253.

¹⁴⁷ Ibid., p. 256.

¹⁴⁸ CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 93/94.

¹⁴⁹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 121.

de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que está se auto-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico. No primeiro caso, prevalece o momento moral-cognitivo, no segundo o ético-voluntário.¹⁵⁰

Como ensina Gisele Cittadino¹⁵¹, o pluralismo possui pelo menos duas significações distintas: diversidade de concepções individuais acerca da vida digna, ou multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.

Representantes do pensamento liberal – John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore, dentre outros – adotam o primeiro significado: democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções individuais acerca do bem. Os expoentes do pensamento comunitário – Charles Taylor e Michael Walzer, dentre outros – utilizam o segundo significado, para salientar a multiplicidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas que estão presentes nas sociedades contemporâneas.

Habermas, representante do pensamento crítico-deliberativo, acredita que as duas dimensões do pluralismo – diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costume e tradições – estão presentes nas democracias contemporâneas e não há como optar por uma em detrimento da outra.

A teoria da democracia deliberativa propõe, assim, uma união entre direitos humanos e soberania popular – autonomia privada e pública –, numa relação de co-originalidade, possibilitada pelo direito, através da institucionalização de mecanismos que permitam a participação popular no processo legislativo, fazendo com que os cidadãos se sintam, ao mesmo tempo, autores e destinatários dos seus direitos.¹⁵²

O princípio democrático resulta da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica. O sistema de direitos, para tanto, deve prever direitos funda-

¹⁵⁰ Ibid., p. 134.

¹⁵¹ CITTADINO, G., op. cit., p. 1/2.

¹⁵² HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 138/139.

mentais que resultam da “configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*”; direitos fundamentais que resultam da “configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito” e direitos fundamentais que resultam imediatamente da “*possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”¹⁵³, pelos quais os sujeitos de direito se reconhecem como destinatários de leis, com a pretensão de obter direitos e fazê-los valer reciprocamente.

Para que possam ser considerados autores de sua ordem jurídica, deve, ainda, haver a previsão de direitos fundamentais “à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo”¹⁵⁴.

“Os direitos políticos fundamentam o *status* de cidadãos livres e iguais; e esse *status* é auto-referencial na medida em que possibilita aos civis modificar sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada.”¹⁵⁵

Para atingir este fim, os direitos fundamentais arrolados implicam direitos fundamentais a “condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente”¹⁵⁶, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, daqueles direitos. Nas palavras de Habermas:

Quando introduzimos o sistema dos direitos desta maneira, torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originariedade da autonomia política e da privada. Com isso não se reduz o espaço da autonomia política dos cidadãos através de direitos naturais ou morais, que apenas esperam para ser colocados em vigor, nem se instrumentaliza simplesmente a autonomia privada dos indivíduos para fins de uma legislação soberana. Nada vem antes da prática de autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições da socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do direito. Temos que lançar mão do *medium* do direito, caso queiramos implementar no processo de legislação – com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação – o princípio do discurso como princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de direito, garantindo sua integridade. No entanto, esses direitos são condições necessárias que apenas *possibilitam* o exercício da autonomia política; como condições possibilita-

¹⁵³ Ibid., p. 159.

¹⁵⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 159.

¹⁵⁵ Ibid., p. 160.

¹⁵⁶ Ibid., p. 160.

doras, eles não podem *circumscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem.¹⁵⁷

O princípio da soberania popular – “todo poder político parte do povo” –, interligando-se internamente com as liberdades subjetivas e entrelaçando-se com o poder politicamente organizado, é concretizado por meio da institucionalização de procedimentos e pressupostos comunicativos¹⁵⁸.

O direito é, assim, um *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. O Estado de Direito liga o “sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito”, mantendo-o afastado das ingerências do poder social e da conseqüente “implantação fática de interesses privilegiados”. Produz-se, desse modo, o equilíbrio entre os “três poderes da integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade”.¹⁵⁹

Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.¹⁶⁰

O princípio do discurso tem um duplo sentido: um sentido cognitivo, de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de modo a produzir resultados aceitáveis racionalmente – o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito – e um sentido prático de produzir relações de entendimento isentas de violência, gerando a “força produtiva da liberdade comunicativa”¹⁶¹.

O princípio do discurso tem ainda como pressuposto o assentimento de todos aqueles que, como atingidos, participam dos debates racionais.

“A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizadas e elaboradas em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis.”¹⁶²

¹⁵⁷ Ibid., p. 164/165.

¹⁵⁸ Ibid., p. 173.

¹⁵⁹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 190.

¹⁶⁰ Ibid., p. 213.

¹⁶¹ Ibid., p. 191.

¹⁶² Ibid., p. 213.

Em síntese, Habermas afirma que:

(...) a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos. Ao se organizar o Estado de direito, o sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, na qual o *medium* do direito pode tornar-se eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores da corrente de um mundo da vida estruturado comunicativamente.¹⁶³

Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, Habermas desenvolve o paradigma procedimentalista do direito¹⁶⁴, que aposta na atuação dos cidadãos, e não na atividade paternalista desenvolvida pelos tribunais, para a consecução dos fins sociais almejados:

Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a “*combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada*” são a chave para se entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados. Contra a absorção da esfera pública política por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade interpartidária, etc.). As tentativas visando um controle constitucional maior do poder da mídia caminham na mesma direção. Pois os meios de comunicação de massa carecem de um espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em posição de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que toma posição.¹⁶⁵

Asseguradas eleições gerais e participações populares específicas, as dife-

¹⁶³ Ibid., p. 220/221.

¹⁶⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 242.

¹⁶⁵ Ibid., vol. II, p. 186.

rentes formas de opinião pública convertem-se em poder comunicativo, exercendo efeito de autorização ao legislador e de legitimação da administração reguladora, ao mesmo tempo em que a “crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.”¹⁶⁶

A concepção de Habermas é formal, por não delinear um ideal de sociedade, nem impor uma determinada opção política, destoando, neste ponto, do paradigma liberal e do Estado social. É formal, haja vista propiciar as “condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.”¹⁶⁷

O paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser “formal”, no sentido de “vazio” ou “pobre de conteúdo”. Pois a sociedade civil e a esfera pública política constituem para ele pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada. Em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública. O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento. Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das práticas de auto-determinação comunicativa.

(...) Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo.¹⁶⁸

Ao participarem do processo de formação do direito que obedecem, com a ampliação da *comunidade de intérpretes da constituição*, a legitimidade desse processo leva-os a sentirem-se livres, pertencentes a uma comunidade jurídica livre.

Nessa discussão, todos os participantes tomam assento como pessoas livres e iguais, que buscam a verdade de forma cooperada, sustentada apenas na força dos melhores argumentos. “Não se trata de negociação ou compromisso, mas de um procedimento deliberativo sobre as conseqüências de uma norma que deve satisfazer o interesse de todos os afetados”¹⁶⁹. Nesse procedimento, que Habermas designa de “situação ideal de fala”, não pode haver limitação ou impedimento à

¹⁶⁶ Ibid., vol. II, p. 187.

¹⁶⁷ Ibid., vol. II, p. 190.

¹⁶⁸ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 189/190.

¹⁶⁹ Ibid., vol. I, p. 96.

participação, nem coações externas ou internas, e deve haver seriedade na busca cooperativa por um acordo.

Habermas afirma que a política garantística do Estado social prejudica a autonomia dos indivíduos, reduzida à “simples participação passiva do indivíduo em fragmentos do produto social geral”¹⁷⁰. Nesses casos, assegura-se uma representação eficaz dos interesses, mas à custa da liberdade de decisão dos indivíduos, condenados à adaptação e à obediência passiva. O Estado liberal, por outro lado, falha na tarefa de proteção da autonomia privada, por somente assegurar o direito formal.

A autonomia pública e a privada devem ser co-originárias para que se considere legítima uma ordem jurídica. A distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser desvinculada da autonomia pública. Os cidadãos têm o direito de pautarem-se por normas produzidas legitimamente. É isso o que pretende a paradigma procedimentalista do direito. A “autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa”: “uma autonomia privada assegurada serve como ‘garantia para a emergência’ da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como ‘garantia de emergência’ da privada.”¹⁷¹

“O direito legítimo fecha, pois, o círculo entre a autonomia privada de seus destinatários, tratados de modo igual, e a autonomia pública dos cidadãos, os quais têm que decidir (em última instância) e enquanto autores da ordem jurídica, iguais em direitos, sobre os critérios da igualdade de tratamento.”¹⁷²

Para Habermas, tanto o modelo de Estado liberal, quanto o social incorrem no mesmo erro, o de tomarem a constituição jurídica da liberdade como distribuição e a equivalerem ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos. Os direitos não são posses, mas relações. Justiça não implica apenas distribuição igualitária de bens, mas meio viabilizador de “condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva”¹⁷³. A injustiça, por seu turno, é representada pela opressão e dominação.

Citando o exemplo dos movimentos feministas, assevera que muitas vezes o

¹⁷⁰ Ibid., vol. II, p. 145.

¹⁷¹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 146.

¹⁷² Ibid., vol. II, p. 154.

¹⁷³ Ibid., vol. II, p. 160.

paternalismo do Estado social resultou em piora nas condições das mulheres. A proteção da gestação e da maternidade agravou o desemprego das mulheres, normas de proteção do trabalho levaram-nas a receber salários mais baixos que os homens e um divórcio mais liberal sobrecarregou-as com as conseqüências da separação.¹⁷⁴

Conclui, afirmando que nenhuma regulamentação será capaz de concretizar adequadamente o direito à igual configuração autônoma da vida privada se não se fortalecer, simultaneamente, a esfera pública, possibilitando aos envolvidos diretamente a participação nos debates políticos.

A esfera pública política, constituindo uma estrutura comunicacional arraigada no mundo da vida por meio da sociedade civil, atua como uma caixa de ressonância, que faz ecoar os problemas a serem abordados pelo sistema político. Cabe a ela o papel de tematizar e problematizar as questões de relevância para a sociedade civil de modo a alçá-las a objeto de deliberação parlamentar.¹⁷⁵

A sociedade civil, composta por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, que “ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida”¹⁷⁶, captam esses ecos dos problemas sociais das esferas privadas e os remetem à esfera pública política.

Ainda que não constituam o principal veículo de comunicação com a esfera pública, dominada pelos meios de comunicação de massa e pelas grandes agências, a sociedade civil atua como importante catalisador da vontade e da opinião das pessoas privadas, propiciando o debate institucionalizado.

Para seu bom funcionamento, faz-se imprescindível a garantia de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, de reunião e de associação, a liberdade de imprensa, a liberdade de criação de e de filiação a partidos políticos, bem como o direito ao voto e a elegibilidade, apoiando-se num pluralismo de formas de vida, subculturas e credos religiosos. Inafastáveis à formação do juízo e da consciência autônoma são ainda os direitos à privacidade, direitos da personalidade, liberdade de crença e de consciência, sigilo das comunicações, inviolabilidade da residência e proteção da família.¹⁷⁷

Há a necessidade de capacitar, informar, enfim, educar a população para

¹⁷⁴ Ibid., vol. II, p. 163.

¹⁷⁵ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 91.

¹⁷⁶ Ibid., vol. II, p. 99.

¹⁷⁷ Ibid., vol. II, p. 101.

uma participação consciente no processo de formação política da opinião e da vontade, para a tomada de decisões, principalmente quando há discrepância de níveis sociais:

“Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados. Impõem-se medidas que podem ‘capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado’”.¹⁷⁸

Estabelece-se, assim, umnexo estreito entre cidadania autônoma e esfera pública intacta. A violação a esses direitos transforma os cidadãos em uma “massa de atores isolados e alienados entre si, fiscalizáveis e mobilizáveis plebiscitariamente”¹⁷⁹.

Esses direitos essenciais não são, contudo, suficientes para manter a esfera pública e a sociedade civil intactas. A esfera pública política tem que ampliar-se e estabilizar-se por si mesma. Isso se faz mediante uma dupla atuação dos atores sociais:

“Através de uma ofensiva”, eles tentam lançar temas de relevância para toda a sociedade, definir problemas, trazer contribuições para a solução de problemas, acrescentar novas informações, interpretar valores de modo diferente, produzir uma atmosfera consensual, capaz de modificar os parâmetros legais de formação da vontade política e exercer pressão sobre os parlamentos, tribunais e governos em benefício de certas políticas. Ao passo que “defensivamente” eles tentam preservar certas estruturas da associação e da esfera pública, produzir contra-esferas públicas sub-culturais e contra-instituições, solidificar identidades coletivas e ganhar novos espaços na forma de direitos mais amplos e instituições reformadas.¹⁸⁰

As formas não institucionalizadas de formação da opinião e da vontade, no entanto, não bastam. Devem-se prever mecanismos institucionalizados de intervenção da sociedade no sistema político. A sociedade civil pode, presentes certos requisitos, ter opiniões públicas autônomas, que influenciem o parlamento e os tribunais, levando-os a modificar o rumo do poder oficial.

O autor destaca o ceticismo da sociologia das comunicações de massa às reais possibilidades de que isso ocorra nas democracias ocidentais, dominadas pelo poder e pela mídia. O poder da mídia, o chamado *quarto poder*, funciona como um despolitizador da comunicação pública, ao personalizar questões objetivas,

¹⁷⁸ Ibid., vol. II, p. 185.

¹⁷⁹ Ibid., vol. II, p. 102.

¹⁸⁰ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 103.

misturar informação e entretenimento, fragmentar contextos e escolher, sem critérios outros que não o econômico, os temas que serão debatidos. A mídia, todavia, poder caracterizar importante vetor democrático, caso atenda aos pontos enumerados por Gurevitch e Blumler, a saber:

1. Vigiar sobre o ambiente sócio-político, trazendo a público desenvolvimentos capazes de interferir, positiva ou negativamente, no bem-estar dos cidadãos.
2. definir as questões significativas da agenda política, identificando as questões-chave, bem como as forças que as conceberam e que podem trazer uma solução;
3. estabelecer as plataformas que permitem aos políticos, aos porta-vozes de outras causas e de outros grupos de interesses, defender suas posições de modo inteligível e esclarecedor;
4. permitir o diálogo entre diferentes pontos de vista e entre detentores do poder (atuais e futuros) e público de massa;
5. criar mecanismos que permitem acionar os responsáveis para prestar contas sobre o modo como exerceram o poder;
6. incentivar os cidadãos a aprender, a escolher e a se envolver no processo político, abandonando sua função de meros expectadores;
7. resistir, em nome de princípios bem definidos, aos esforços exteriores à mídia que visam subverter sua independência, sua integridade e sua capacidade de servir ao público;
8. respeitar os membros do público espectador e leitor como virtuais envolvidos e capazes de entender seu ambiente político.¹⁸¹

Desse modo, os meios de comunicação de massa serão tidos como mandatários de um público esclarecido e crítico, preservada sua independência diante dos atores políticos e sociais. Exerce-se, assim, influência no processo político, que deverá se legitimar à luz dos temas debatidos na esfera pública. Começa aí a revolução pacífica da sociedade civil, o despertar de um verdadeiro gigante adormecido.¹⁸²

Basta tornar plausível que os *atores da sociedade civil*, até agora negligenciados, *podem* assumir um papel surpreendentemente ativo e pleno de conseqüências, quando toma consciência da situação de crise. Com efeito, apesar da diminuta complexidade organizacional, da fraca capacidade de ação e das desvantagens estruturais, eles têm a chance de *inverter* a direção do fluxo convencional da comunicação na esfera pública e no sistema político, transformando destarte o modo de solucionar problemas de todo o sistema político.¹⁸³

¹⁸¹ GUREVITCH, M; BLUMLER, G. Political Communication Systems and Democratic Values, In LICHTENBERG, J. (ed). Democracy and the Mass Media. Cambridge, Mass. 1990, 270. apud HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 112.

¹⁸² Exemplos de iniciativa da sociedade civil e do poder público para informar o cidadão e conscientizá-lo de seu papel no processo democrático encontram-se nos projetos mineiros “O jornal formando o futuro leitor” (contato: <ojournalformandofuturoleitor@yahoo.com.br>), desenvolvido pela iniciativa privada em parceria com a Prefeitura de Cataguases, realizado com crianças em risco pessoal e social e o “Expresso Cidadania” (vide: <www.almg.gov.br/expresso>), realizado pela Assembléia Legislativa do estado e que visa a estimular a participação política dos jovens.

¹⁸³ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 115.

Habermas cita como exemplos de grandes temas mundiais trazidos ao debate público pela sociedade civil o rearmamento atômico, os riscos do emprego pacífico da energia nuclear, experimentos genéticos, ameaças ao equilíbrio do meio ambiente, empobrecimento do Terceiro Mundo, feminismo, entre outros.

No Brasil, podem ser destacados a campanha da sociedade civil por eleições diretas entre 1983-1984 (Movimento das *Diretas Já*), o impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Mello em 1992, também motivado pelo clamor popular e, atualmente, os movimentos sociais que culminaram na promulgação da Lei Complementar nº 135/2010, que se denominou *ficha limpa* e que altera a Lei Complementar nº 64/90, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição da República, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Habermas identifica esses movimentos sociais por ele citados com momentos de crise, mas acredita que uma sociedade bem informada e educada pode imiscuir-se com regularidade nos assuntos de política, influenciando a tomada de decisões.¹⁸⁴

Pode-se dizer que, à medida que um mundo da vida racionalizado favorece a formação de uma esfera pública liberal com forte apoio numa sociedade civil, a autoridade do público que toma posição se fortalece no decorrer das controvérsias públicas. Pois, em casos de mobilização devido a uma crise, a comunicação pública informal se movimenta, *nessas condições*, em trilhos que, de um lado, impedem a concentração de massas doutrinadas, seduzíveis populisticamente e, de outro lado, reconduzem os potenciais críticos dispersos de um público que não está mais unido a não ser pelos laços abstratos da mídia – e o auxiliam a exercer uma influência político-publicitária sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade.¹⁸⁵

A influência exercida por esses movimentos sobre o sistema político leva à modificação de decisões formais pelos mandatários, podendo, caso a vontade política se desconecte dos processos de comunicação da esfera pública, desencadear atos de desobediência civil.

Práticas de participação na Administração, que a aproximam do Judiciário – a chamada democratização da Administração –, como a participação decisória dos

¹⁸⁴ Neste ponto, difere substancialmente da teoria da democracia dualista de Bruce Ackerman, que prevê a efetiva participação popular apenas em momentos de crise. A esse respeito, vide capítulo 3, item 3.1, nota 252.

¹⁸⁵ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 116.

envolvidos, *ombudsman*, processos análogos ao tribunal etc., propiciam maior controle e participação popular na Administração, legitimando as decisões tomadas nesta esfera.

No que tange ao controle judicial de constitucionalidade, Habermas reconhece que é útil para a clareza do direito e manutenção de uma ordem jurídica coerente, mas defende um autocontrole pelo legislador, organizado em forma de tribunal, podendo ser institucionalizado numa comissão parlamentar que inclua juristas especializados.

Para ele, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, fazendo parte da lógica da divisão de poderes. De fato, o legislador legitima-se através da observância das normas processuais da constituição e da vontade popular que o precede, enquanto as instâncias que aplicam o direito legitimam-se simplesmente pelo direito, pelo que não se pode permitir que elas mesmas o normatizem.

Tal internalização da auto-reflexão sobre decisões próprias teria a vantagem de levar o legislador a manter presente, durante as suas deliberações, o conteúdo normativo de princípios constitucionais. Este se perde, por exemplo, quando o exercício parlamentar *redefine* questões éticas e morais, transformando-as em questões negociáveis, isto é, capazes de compromisso. Nesta linha, se a diferenciação institucional auto-referencial de um processo de controle de normas, fosse da competência do parlamento, talvez pudesse contribuir para o incremento da racionalidade do processo de legislação. Ela é até recomendada, quando se toma como ponto de partida, no sentido de nossas análises, que a divisão de poderes visa submeter, em primeiro lugar, a administração ao poder gerado comunicativamente.¹⁸⁶

Apenas em um sentido podem ser legítimas as atribuições de um tribunal constitucional: para assegurar as condições processuais da gênese democrática das leis, o que garante a legitimidade do direito¹⁸⁷. Desse modo, o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, afiançando-lhes os direitos de participação e comunicação.

Assim, Habermas defende que a função ofensiva dos tribunais constitucionais, sob o olhar atento de uma esfera pública jurídica politizada, formada pela

¹⁸⁶ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 300.

¹⁸⁷ Num Estado Democrático de Direito, uma corte constitucional deve: “entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político”. (HABERMAS, J. *Más Allá del Estado Nacional*. p. 99, apud CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 213.)

“comunidade dos intérpretes da constituição”¹⁸⁸, deve se ater aos “casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade.”¹⁸⁹

Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa. Passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.¹⁹⁰

Insistente na defesa da democracia, Habermas vê o cidadão como partícipe ativo do processo político, priorizando a substituição do “cliente de burocracias do Estado social”¹⁹¹ por cidadãos ativos politicamente.

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes.¹⁹²

Desse modo, a participação popular no processo de formação legislativa e na vida política em geral é tida como a alternativa contra a subida de um poder ilegítimo, que se torne independente e atente contra a liberdade. Contra essa investida do Judiciário: “não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo.”¹⁹³

Como visto, esse cenário de envolvimento ativo da cidadania não é tão distante da realidade, como querem fazer crer os defensores da judicialização da política. As deficiências das instituições político-majoritárias podem ser supridas mais facilmente por uma cidadania engajada, sem que se necessite da intervenção judi-

¹⁸⁸ HÄBERLE, P. *Heremênutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição.*

¹⁸⁹ HABERMAS, J. op. cit., vol. I, p. 347.

¹⁹⁰ Ibid., vol. I, p. 327/328.

¹⁹¹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade.* vol. II, p. 183.

¹⁹² Ibid., vol. II, p. 183.

¹⁹³ Ibid., vol. II, p. 185.

cial para além de suas funções.

2.2.3

Cass R. Sunstein

Por fim, pode-se acrescentar à lista dos principais expoentes do eixo analítico procedimentalista Cass R. Sunstein. Defensor da democracia deliberativa e da limitação do papel das cortes – minimalismo judicial –, afirma que, do modo como tem sido interpretada, a Constituição dos Estados Unidos é parcial, em dois sentidos.

Primeiro, por ser tendenciosa – sua interpretação –, haja vista incorporar o *status quo* como embasamento neutro e justo das decisões, enquanto seu afastamento é tido como indicativo de sectarismo. Partindo dos ensinamentos dos *pais fundadores* do constitucionalismo americano, Sunstein enfatiza que a neutralidade do *status quo* é uma falácia, porque os direitos possuídos, como o exemplo clássico do direito de propriedade, são decorrência do direito e não da natureza das coisas¹⁹⁴:

“O problema fundamental com a neutralidade do *status quo* é que ela exclui, em estágio inoportuno, o sistema norte-americano da democracia deliberativa. Ele se recusa a submeter a prática jurídica existente ao escrutínio da democracia, e não considera a prática jurídica ‘legal’. Ela se nega a tratar as distribuições atuais, ou direitos de propriedade, como assunto ou objeto de deliberação.”¹⁹⁵

A Constituição é parcial, ainda, sob outro enfoque, no sentido de que “serve como parte do que deveria constituir um todo”. O problema aqui residiria em identificar o significado da Constituição com as decisões da Suprema Corte. A Constituição foi concebida para todo o país, Presidente, membros do Congresso, agentes públicos e cidadãos, todos têm obrigações para com a Constituição e constituem seus legítimos intérpretes¹⁹⁶.

¹⁹⁴ SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 8.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 9.

¹⁹⁶ “A Constituição não traduz apenas o que os juízes dizem que ela significa. Pelo contrário, a Constituição muitas vezes serviu de catalisador para um amplo debate público acerca dos seus termos e aspirações gerais. O seu significado para o Congresso, o Presidente, o governo federal e os cidadãos em geral tem sido mais importante do que o seu significado dentro dos confins estreitos do edifício da Suprema Corte.

Atualmente, é fundamental reviver esse entendimento mais amplo do papel da Constituição, que se tornou uma parte indissolúvel do compromisso originário para com a democracia deliberativa. No atual momento, isso está longe de ser anacrônico. O debate público em torno do significado da

A Constituição não significa apenas o que os juízes dizem que significa. Deve haver freios à autonomia interpretativa, que impeçam os juízes de se sobrepor aos processos democráticos.

Ainda que se baseie em princípios, a interpretação judicial não pode implicar a escolha dos princípios da preferência do julgador. O intérprete está vinculado aos comandos da Constituição e, na esteira dos ensinamentos de Peter Häberle, considerando-se a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” composta não apenas por juízes, mas também por “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos”¹⁹⁷, deve-se levar em conta, no ato de interpretar, todas essas vontades reunidas¹⁹⁸.

Criticando as teorias que afirmam que o conceito de direito não pode ser dissociado do conceito de moral, e que o intérprete deve ter em conta considerações de ordem moral, Sunstein enfatiza que, como em questões morais não é possível o consenso, decisões que envolvam preferências devem ser deixadas a cargo dos órgãos representativos, únicos com legitimidade democrática para efetuar essas escolhas:

Aqui, um ponto importante é que as pessoas não podem “todas elas concordar com um único sistema moral”. Por esse motivo, os juízes de modo algum podem invocar a moralidade: “Por que a satisfação da eletricidade de baixo custo ou um salário mais elevado valem mais do que o prazer do ar puro?”

Segundo Bork, o fato de essas perguntas não poderem ser respondidas de forma imparcial significa que os magistrados não devem sequer respondê-las. Questões morais ou políticas não se sujeitam a uma defesa racional. Justamente por envolverem assuntos de valor sobre os quais não há consenso, não podem elas ser resolvidas de outra forma a não ser pela afirmação de uma preferência.¹⁹⁹

Essa democratização da interpretação constitucional vai ao encontro das exigências de concretização de uma democracia deliberativa, como se verá mais adiante, conceito inarredável em sociedades pluralistas como as atuais, e representa o “resgate do objetivo constitucional original: criar uma democracia deliberati-

Constituição deve, por sua vez, ser dissociado do princípio de neutralidade baseado no *status quo*. Este, como tudo mais, deve sujeitar-se tanto à deliberação quanto à democracia.” (Ibid., p. 1/2).

¹⁹⁷ HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição*. p. 13.

¹⁹⁸ “Por conseguinte, exploro a possibilidade de um conceito mais democrático do papel da Constituição na vida política do país. Segundo esse conceito, os representantes eleitos e os cidadãos em geral têm o dever de se envolverem no processo deliberativo em torno do atual significado dos princípios constitucionais. Esse processo de deliberação não se destina apenas aos juízes.” (SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 18).

¹⁹⁹ Ibid., p. 126. Sob esta perspectiva, consideram-se ilegítimas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, sobre o aborto de fetos anencéfalos e sobre políticas públicas, como será esmiuçado adiante, no capítulo 3.

va que pudesse se beneficiar da ampla discussão entre os representantes e os cidadãos como um todo.”²⁰⁰

O constitucionalismo não enseja, todavia, uma preferência ilimitada pela maioria, sendo o papel das cortes muito importante, ainda que limitado, exatamente para assegurar os direitos das minorias e o processo democrático, sendo, nesses casos, inevitável uma espécie de concessão, para a garantia da democracia, à judicialização:

O majoritarismo sem limites não deveria ser identificado como uma democracia. Um sistema no qual as maiorias sejam capazes de limitar as opiniões daqueles que discordam não poderia ser denominado “democrático” em nenhuma medida.

A partir do compromisso com a democracia deliberativa, segue que os argumentos são especialmente fortes para um papel agressivo das cortes em duas classes de litígios. A primeira envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja violação tem poucas probabilidades de vir a ser remediada por meio da política. A interferência governamental com o direito ao voto ou com a liberdade de expressão requer uma proteção judicial ativa das condições precedentes para a deliberação política, igualdade política e cidadania. (...) Nesses casos as cortes não devem adotar a atitude normal de deferência aos processos legislativos.

(...) A segunda categoria envolve grupos de interesse que possuem pouca probabilidade de obterem uma audiência justa da parte do processo legislativo. Se um grupo enfrenta obstáculos para a sua organização ou preconceito ou hostilidade disseminados – por exemplo, os homossexuais – seria um engano optar por adotar a presunção costumeira a favor dos desfechos democráticos.²⁰¹

O papel das cortes, embora secundário, é muito importante, exatamente para garantir que o debate democrático corra dentro dos termos propostos e que os direitos da minoria sejam respeitados. A interpretação, todavia, do que seria o conteúdo ou o significado dos princípios constitucionais cabe não só aos juízes, mas aos representantes eleitos e aos cidadãos em geral, através desse processo deliberativo: “conceito mais democrático do papel da Constituição na vida política do país.”²⁰²

De fato, Sunstein não defende a abolição do judiciário e das cortes constitucionais, cujo papel é de fundada relevância para o processo de realização da Constituição, como assevera José Adércio Leite Sampaio²⁰³:

Não é que as cortes sejam destituídas de um papel importante nos processos de efetivação constitucional. Ao contrário, são elas instrumentos imprescindíveis, embora não centrais, ao funcionamento do sistema político-constitucional. Sem embargo,

²⁰⁰ Ibid., p. 13/14.

²⁰¹ SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 183/184.

²⁰² Ibid., p. 18.

²⁰³ SAMPAIO, J. A. L. In SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. xiv.

cabe aos poderes políticos, associados a uma cidadania militante, o papel de definição do conteúdo substantivo da Constituição e de solução dos problemas sociais existentes, restando ao judiciário a tarefa de garantir que esse processo deliberativo seja realizado de forma mais adequada, segundo os pressupostos da virtude cívica e da igualdade política dos participantes.

Esse diálogo entre iguais, que possibilita a criação da norma por seus próprios destinatários, corolário da democracia deliberativa, pressupõe, todavia, algumas pré-condições existenciais básicas, sem as quais não há espaço para o debate. Desse modo, quatro elementos são identificados como indispensáveis à democracia deliberativa: a deliberação política, a cidadania, o acordo como um ideal regulatório e a igualdade política.

A deliberação política pressupõe um debate constante, haja vista que as preferências não são estáticas, devendo os desfechos sociais ser justificados por meio de uma referência aos motivos²⁰⁴. Os resultados políticos devem se beneficiar da mais ampla participação da cidadania, “com uma boa dose de garantia e independência do estado”²⁰⁵. O acordo entre cidadãos iguais é visto como o ideal regulatório²⁰⁶.

Para que se verifique essa igualdade política, deve haver o banimento de disparidades na influência política exercida por diferentes grupos sociais; ser garantida a liberdade de expressão; o efetivo acesso à educação de qualidade; o que o autor chama de “liberdade de condições desesperadas”²⁰⁷, pelo que se deve assegurar proteção policial, alimentação, abrigo e cuidados médicos apropriados; a “oposição a sistemas de castas” e uma “igualdade aproximada de oportunidades”²⁰⁸, que representam o piso mínimo para a dignidade cidadã, que propicie a participação no debate democrático. Esses direitos mínimos devem ser garantidos a todo custo, ainda que contra a vontade da maioria:

Também parece que a demasiado alardeada oposição entre o constitucionalismo e a democracia, ou entre os direitos e a democracia, tende, pois, a se dissolver inteiramente. Muitos direitos são indispensáveis para a democracia e para a deliberação democrática. Se nós protegermos tais direitos por meio da Constituição, nós não comprometemos o governo autônomo de nenhuma forma. Pelo contrário, o governo autônomo depende para sua existência dos direitos democráticos firmemente

²⁰⁴ SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 170/172.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 172.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 174.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 175.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 178.

protegidos. O constitucionalismo pode assim garantir as pré-condições para a democracia limitando o poder das majorias em eliminar aquelas pré-condições.²⁰⁹

Para assegurar essas condições mínimas, há muito o que o Estado pode fazer no sentido de criar instituições sociais que permitam o desenvolvimento das capacidades de todos os cidadãos, sendo, nesse caso, limitado o papel das cortes:

Pode promover a conscientização e o entendimento das questões públicas e uma capacidade, da parte dos cidadãos, de realmente vir a afetar os resultados. Pode criar programas de treinamento apto a dar sólidas perspectivas para as pessoas nascidas em condições econômicas médias ou abaixo da média. Pode minimizar ao invés de aumentar o risco de que as diferenças econômicas se traduzam em enormes desigualdades nas perspectivas de vida de diferentes cidadãos.²¹⁰

Defensor no minimalismo judicial, Sunstein aponta os limites institucionais das cortes, divididos em democracia, cidadania e comprometimento; eficácia e estreitamento do enfoque da adjudicação.

Quanto ao primeiro aspecto, há um inter-relacionamento entre democracia, cidadania e comprometimento, que gera uma dependência recíproca, cujo fluxo comunicativo seria interrompido pela intervenção do Judiciário:

Depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político. (...) O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no judiciário freqüentemente compromete esses valores. A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre os processos democráticos.²¹¹

Analisando a cena norte-americana, de plena aplicação ao Brasil, Sunstein afirma que a concentração judicial importou no enfraquecimento do senso de responsabilidade de outros agentes públicos e de cidadãos comuns, além de desviar o foco de estratégias não judiciais.²¹²

No que tange à eficácia, sabe-se que as decisões judiciais são visivelmente ineficazes para promover mudanças sociais²¹³. Exemplo de intervenção judicial

²⁰⁹ Ibid., p. 181/182.

²¹⁰ Ibid., p. 178/179.

²¹¹ SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 186.

²¹² Ibid., p. 12.

²¹³ Corroborando esse entendimento, DWORKIN, R. *Levando Direitos a Sério*. p. 229/230: “Sob esse ponto de vista, os direitos dos negros, dos suspeitos e dos ateus emergirão normalmente do processo das instituições políticas, em resposta às pressões políticas. (...) Talvez, como Burke e

estéril encontra-se na decisão do caso *Brown v. Board of Education*, que diz respeito à proibição de escolas mistas, frequentadas por negros e brancos, tida como responsável pela abolição do *apartheid* nos Estados Unidos²¹⁴:

Na verdade, entretanto, a decisão em *Brown* confirma a fraca posição institucional do judiciário. Dez anos após aquela decisão, não mais do que 1,2% das crianças negras do Sul frequentavam escolas integradas. Contudo, não foi antes de 1964, com o envolvimento do Congresso e do Poder Executivo, que aconteceu uma integração racial mais disseminada.

(...) Existem poucas indicações de que a decisão em *Brown* resultou em um ímpeto para a ação política.²¹⁵

Por fim, quanto ao estreitamento do enfoque da adjudicação, destaca-se que a adjudicação judicial é um meio fraco para obter uma reforma social em grande escala. Os tribunais não possuem juízes especializados na área abrangida pela decisão e o enfoque restrito aos casos postos a exame do Judiciário dificulta uma visão abrangente, que enxergue os complexos e imprevisíveis efeitos de uma decisão desse viés.

Uma decisão para exigir dispêndios em transporte por ônibus escolares poderia, por exemplo, desviar recursos de uma área com uma alegação igual ou maior sobre os recursos públicos, inclusive programas de saúde e bem-estar social para os pobres. A criação de um direito contra a poluição pode ter uma variedade de efeitos prejudiciais e não intencionais, inclusive um maior desemprego, mais pobreza e preços mais altos.²¹⁶

seus seguidores modernos afirmam, uma sociedade produzirá as instituições que melhor se ajustam a ela somente por meio da evolução, e nunca através de reformas radicais.”

²¹⁴ No mesmo sentido, afirmando que a superveniência da legislação, aliada à atuação do Executivo, foi decisiva para o fim da segregação nos Estados Unidos, vide ACKERMAN, B. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. p. 153: “Sem esse apoio decisivo do Presidente e do Congresso, o estatuto *Brown* teria permanecido como um símbolo problemático e desordenado como parecia no final da década de 1950.” Atestando o fracasso da intervenção judicial neste caso emblemático, vide também DWORKIN, R., *Levando Direitos a Sério*. p. 226: “Segundo Bichel, o futuro que a Corte Warren buscava já tinha começado a não funcionar. Por exemplo, a filosofia de integração racial que adotava era demasiado tosca e fora recusada pelos líderes mais criativos da comunidade negra.” e Id., *O império do direito*. p. 37 e 265: “Esse voto não ordenou que as escolas dos Estados sulistas abolissem imediatamente a segregação, mas apenas, segundo a expressão que se tornou emblemática de hipocrisia e demora, ‘a toda a velocidade adequada’. A decisão foi muito polêmica, o processo de integração que se seguiu foi lento, e o progresso significativo só foi obtido ao preço de muitas outras batalhas jurídicas, políticas e até mesmo físicas. (...) Era perfeitamente sensato pensar que uma mudança tão dramática na estrutura social de grande parte do país, ordenada por um tribunal que não é responsável perante eleitorado algum, produziria uma reação que prejudicaria a igualdade racial em vez de fazê-la avançar, e tornaria a educação mais difícil para todos durante uma geração. Também era sensato pensar que a ordem da Corte nunca seria plenamente obedecida, e que seu fracasso comprometeria o poder da corte de proteger as minorias e fazer cumprir os direitos constitucionais no futuro.”

²¹⁵ SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 188/189.

²¹⁶ Ibid., p. 190. Sobre o efeito *casata* de uma decisão judicial em matéria de políticas públicas, vide PAIXÃO, L. A. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal*, especialmente exemplo de páginas 12/14. Mais exemplos do desacerto da intervenção judicial em políticas públicas serão fornecidos no capítulo 3, item 3.3.5.

Os procedimentos jurídicos, derivados da tradição da justiça compensatória típica dos tribunais, estão despreparados para o alcance de reformas sociais sérias, motivo pelo qual o Judiciário deve ceder ante os processos democráticos de formação da vontade política. Exemplo disso é verificado no recuo parcial da Suprema Corte americana com relação ao que havia sido decidido no caso *Roe v. Wade*, ao julgar o caso *Webster v. Reproductive Services*²¹⁷. Esse recuo importou no fortalecimento do movimento feminista, comprovando que o afastamento do Judiciário destas questões leva à busca de soluções mais benéficas à sociedade e inatingíveis através da engrenagem judicial: “A falta de hospitabilidade do atual judiciário federal tem levado os defensores dos direitos civis a pensar em soluções mais criativas, imaginativas e em longo prazo. Estas irão envolver idéias e ferramentas que não se adaptam bem para o judiciário.”²¹⁸

Sunstein resume sua crítica à judicialização da política, ressaltando a incapacidade de julgamento dos juízes e tribunais em matérias afetas aos poderes Executivo e Legislativo, apontando como deficiências institucionais do Judiciário o fato de ser composto de advogados vindos de um segmento estreito e particular da sociedade; faltarem aos juízes as ferramentas necessárias para destrinchar fatos; o isolamento dos juízes dos grupos e eventos relevantes; sua centralização sobre casos particulares; e sua inaptidão para processar os efeitos sistêmicos de suas decisões²¹⁹.

Como se vê, a identificação das deficiências do Judiciário é unânime entre os autores; sua inabilitação para decidir assuntos de natureza legislativa ou executiva, contudo, sofre variações, passando por aqueles que a enxergam como algo superável mais facilmente que as deficiências das instituições político-majoritárias, até os que a consideram uma afronta direta à democracia deliberativa, importando em enfraquecimento da cidadania ativa. Essa segunda concepção é a acolhida neste trabalho e o exame de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal irá demonstrar como esse tribunal tem agido na contramão dos reclames democráticos.

²¹⁷ Em *Roe v. Wade* a Suprema Corte havia proibido a criminalização do aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez, permitindo a proibição no último. Todavia, em *Webster v. Reproductive Services* afirmou que não era inconstitucional a negativa de feitura de abortos pelo sistema público de saúde, o que inviabilizava a prática para mulheres pobres.

²¹⁸ SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 187.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 182, nota de rodapé nº 35.