

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Henrique Ribeiro Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-289-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A obra em apresentação, originada do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II, no âmbito do XXV Congresso do CONPEDI, sediado na UNICURITIBA, no Paraná, contou com a colaboração de pesquisadores de Programas de Pós-graduação de todo o Brasil. Os temas, que enfrentam a tensão entre a democracia e o constitucionalismo, buscam delinear a interação entre os poderes do Estado em momento de crise institucional que o país vivencia.

Os excessos do Poder Judiciário são contrapostos, em artigos que integram esta obra, às omissões do Poder Legislativo e às falhas de governança e de controle do Poder Executivo. O aporte filosófico e sociológico encontrado nos textos enriquece a discussão, ofertando soluções possíveis que passam necessariamente pelo reforço democrático.

A postura mais ativa do Judiciário é identificada como de perigosa inserção na esfera da democracia, tanto representativa quanto participativa. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ao funcionar como legislador positivo, avançam e definem questões não submetidas às necessárias discussões nos foros adequados – especialmente no âmbito do Legislativo.

Os estudos apresentados permitem ao leitor perceber o alcance e o conjunto de problemas identificados por pesquisadores em razão dessa postura mais ativa da Corte Constitucional brasileira.

Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz - UNIFIEO

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso – UFS/UNIT

REPRESENTATIVIDADE E JUDICIALIZAÇÃO: O PODER JUDICIÁRIO COMO ARENA DE DELIBERAÇÃO NA DEMOCRACIA CONTESTATÓRIA

REPRESENTATIVITY AND JUDICIALIZATION: THE JUDICIARY AS ARENA OF DELIBERATION ON CONTESTATORY DEMOCRACY

Arthur Lopes Lemos ¹
Ariadi Sandrini Rezende ²

Resumo

O artigo objetiva apontar como a crise de representatividade no Poder Executivo e no Poder Legislativo, especialmente no Brasil, impulsionou o fenômeno da judicialização, isto é, a participação popular nas decisões públicas intermediadas pelo Poder Judiciário, como última arena do debate político. A maior ingerência do Poder Judiciário nas tomadas de decisões políticas implica grande discussão acerca de quem deve ser a última arena de deliberação política. Invoca-se a teoria republicana de Philip Pettit, centrada no conceito de liberdade como não-dominação, de onde se extrai um modelo contestatório de democracia, o qual se compatibiliza plenamente com o movimento de judicialização.

Palavras-chave: Representatividade, Judicialização, Participação, Cidadania, Democracia contestatória, Republicanismo

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to indicate how the representativity crisis on the Executive and Legislative, especially in Brazil, boosted the phenomenon of Judicialization; on the other hands, the popular participation on public decisions intermediated of Judiciary, as a last arena of politician speech. The biggest interference of Judiciary on political taken decisions connotes a great discussion around whom must be the last arena of political deliberation. It's evoked the republican theory of Philip Pettit, centered in the concept of freedom as non-domination, from where extracts a constestatory model of democracy which is totally compatible with Judicialization movement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Representativity, Judicialization, Participation, Citizenship, Contestatory democracy, Republicanism

¹ Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

² Mestranda em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

INTRODUÇÃO

Diversos autores apontam uma generalizada crise de representatividade nas democracias contemporâneas. Ernesto Vidal (1989, p. 04) demonstra que as democracias contemporâneas se baseiam num modelo de representação fiduciária, com um mandato livre, e não imperativo, em que se representa não a vontade do eleitor, mas da “nação”; além disso, a referida representação não ocorre de uma maneira direta, entre o representante-eleito e o representado-cidadão, posto que há a intermediação por um terceiro elemento, que pode ser o partido político, o sindicato, a associação etc., tendo em vista a impossibilidade da democracia direta. Após demonstrar tais características, Vidal (1989, p. 04) afirma que o mencionado modelo de representação atende ao pluralismo político e ao ideal liberal, no entanto, não escapa de críticas contundentes.

No mesmo sentido, Alain Touraine (1996, p. 79-80), ao analisar as experiências de Austrália, França e Itália, concluiu que a crise de representação política decorre, dentre outros fatores, da ausência de nitidez quanto aos partidos políticos ditos de direita e esquerda: partidos tipicamente de esquerda adotam políticas liberais e vice-versa. Ao mesmo tempo, critica a democracia “à maneira francesa” e “à maneira latino-americana”, posto que os atores sociais recebem suas pautas dos partidos políticos, em vez de, eles mesmo, darem sentido à sua ação (TOURAINÉ, 1996, p. 81).

Sem divergir das linhas gerais traçadas acima, a historiografia aponta que a superação do Império e proclamação da República em 1889 não alterou em quase nada a realidade do cidadão comum (CÁCERES, 1993, p. 211). Voltado a tal realidade, Vitor Burgo (2009, p. 54) sugere que a crise de representatividade decorre da dificuldade que o cidadão encontrou para se inserir na participação da vida política, eis que, desde a Primeira República, reproduz-se um modelo oligárquico, com bases solidificadas no coronelismo, patrimonialismo e corrupção política excessiva, que afastou o cidadão da forma tradicional de participação da vida política, que se dá pela representação, especialmente no âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Em razão dos obstáculos postos contra a participação da vida política pela via tradicional, verifica-se, ao longo do século XX, no Brasil, que o cidadão buscou albergue perante o Poder Judiciário (BURGO, 2009, p.55) para o desempenho da sua cidadania, em detrimento das formas tradicionais de participação política, pela via representativa. Portanto, a crise de representatividade, fenômeno universal, aliada às dificuldades de participação política

no Brasil, exigiram a aproximação do cidadão ao Poder Judiciário e, por consequência, uma releitura do papel do Poder Judiciário dentro da estrutura institucional da República Federativa do Brasil, especialmente com vistas à proteção das liberdades. Em linhas gerais, demonstramos a falta de representatividade evidenciada em nossa sociedade. Nestes termos, apontamos o problema central do presente trabalho.

A maior proximidade do cidadão ao Poder Judiciário – e não ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo - aliada à abrangência do princípio do acesso à justiça ampliou o espectro de atuação do Poder Judiciário, além de exigir-lhe uma postura ativa, em detrimento da sua clássica atuação passiva. Assim, se anteriormente a arena pública de discussão de assuntos política ou moralmente relevantes era a própria sociedade civil que, por meio dos partidos políticos e da representação, formava a vontade majoritária, nesse novo contexto -de expansão da importância e do papel dos operadores jurídicos, sobretudo os estatais- a arena pública de discussão e solução de conflitos se tornou o Poder Judiciário. Esse fenômeno de deslocamento da arena pública de discussão da política representativa, formadora da vontade majoritária, para o Poder Judiciário, é conhecido como Judicialização.

Dito isto, uma vez que o Poder Judiciário, visto como alternativa efetiva para o cidadão se reconhecer parte atuante da deliberação política, é o tema central do presente artigo, o objetivo é demonstrar a crise de representatividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo e evidenciar como o Poder Judiciário, através da Judicialização, se tornou o último recurso para representatividade e deliberação política do indivíduo. Desta forma, há o deslocamento da arena de debate político do Poder Legislativo e do Poder Executivo para o Poder Judiciário. Posteriormente, analisaremos o teórico Philip Pettit em sua teoria do republicanismo, especialmente sua tese de democracia contestatória, pois esta reforça a tese central deste trabalho. Ao final, se aponta como o aparato institucional brasileiro, especialmente em decorrência da Constituição Federal de 1988, possibilita o desenvolvimento da democracia contestatória perante o Poder Judiciário.

O presente trabalho justifica-se pela falta de representatividade que o cidadão tem demonstrado perante ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Logo, restando somente o Poder Judiciário como propagador de seus anseios e de sua representatividade. O esfacelamento representativo das instituições legislativas e executivas demonstram como a teoria da representatividade torna-se frágil, colocando todo um sistema representativo em xeque. A resposta representativa positiva, através do processo de Judicialização, ainda mantém o sistema representativo indireto com respaldo diante da sociedade. O método de

pesquisa adotado no trabalho será o descritivo, para isso, utilizaremos diversos argumentos respaldados, teoricamente, para elaboramos as conclusões do trabalho.

1 EMBATE ENTRE PODER JUDICIÁRIO E PODER LEGISLATIVO COMO ARENA ÚLTIMA DE DELIBERAÇÃO E DECISÃO POLÍTICA

A Judicialização, em um primeiro momento, no Brasil, durante as décadas de 1970 e 1980, sobretudo antes da promulgação da Constituição Republicana de 1988, decorreu de movimentos sociais que objetivavam o acesso à justiça. Para tanto, tais movimentos se fizeram representados por partidos políticos e, representados na órbita legislativa, conseguiram a promulgação de leis que alavancaram o movimento estatal de acesso à justiça, até a promulgação da Constituição Federal, que deu maior impulso no acesso à justiça, especialmente em razão do aparelhamento do Poder Judiciário e do Ministério Público e da abrangência do princípio do acesso à justiça (MOTTA, 2007, p. 03-09).

Da judicialização decorrem várias consequências, tais como a aproximação entre *civil law* e *common law* e a atualização do conceito de Separação de Poderes – em que os Poderes não são separados, senão limitados uns pelos outros e todos pelo Poder Judiciário, enquanto guardião último da Constituição Federal (MOTTA, 2007, p. 28) -, ou ainda o fato de a linha que separa direito e política se tornar ainda mais tênue (BARROSO, 2008, p. 13) .

De maneira sistematizada, Barroso aponta que as principais objeções à judicialização orbitam em torno de riscos para a legitimidade democrática, risco de politização da justiça, bem como crítica contra a capacidade institucional do Poder Judiciário (BARROSO, 2008, pp. 10-19).

Fato é que o poder de anular ou reformar as decisões políticas adotadas no seio do Poder Legislativo, onde teoricamente se encontra representada a sociedade brasileira e onde se decide com base em um processo majoritário, alavancou o Poder Judiciário a uma posição de primazia, razão pela qual há muitos questionamentos a respeito da legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário para adentrar em questões já decididas pelo Poder Legislativo. Em última análise, tal questionamento se traduz em outro: quem deve ser a última arena de deliberação política?

Nos próximos itens serão apresentados os argumentos utilizados por aqueles que militam em favor da primazia do Poder Legislativo (Parlamento) e os argumentos que

corroboram o fenômeno da judicialização e primazia do Poder Judiciário (Corte), para que, posteriormente, seja inserido no debate o viés republicano de Philip Pettit.

1.1 Argumentos favoráveis à primazia do Poder Legislativo

Como aponta Conrado Mendes (2011, p. 89), a correlação entre democracia e o Parlamento, instituição representante do Poder Legislativo, é algo que ocorre naturalmente. É necessário demonstrar quais são as razões pelas quais o Poder Legislativo seria a melhor arena de discussão e decisão em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, não basta demonstrar suas qualidades, mas também apontar os motivos que deslegitimam o Poder Judiciário para exercer essa mesma função. Nesse sentido, Waldron (*apud* MENDES, 2011, p. 90) sustenta que a revisão judicial de atos emanados do Poder Legislativo tem origem antidemocrática, embora em determinadas situações seja desejável. Por isso, sua crítica mais contundente se dirige aos modelos constitucionais em que a revisão judicial é forte, como se pode afirmar da atuação do Supremo Tribunal Federal, no Brasil. Para o referido autor, caso se esteja presente numa “situação típica”, a revisão judicial será ilegítima, mas se estiver numa “situação atípica ou patológica”, desde que demonstre que a corte protegerá melhor os direitos, a revisão judicial será até aceitável (MENDES, 2011, pp. 90-91).

É importante, portanto, compreender o que entende Waldron por uma situação típica. De acordo com Mendes,

(...) Ela compreende quatro componentes: (i) instituições democráticas em bom funcionamento; (ii) instituições judiciais não representativas em bom funcionamento; (iii) um compromisso genuíno da maioria da sociedade com a ideia de direitos; (iv) um persistente desacordo de boa-fé sobre direitos.[...] (MENDES, 2011, p. 90-91).

Portanto, na visão de Waldron, diante de um cenário de um Poder Legislativo saudável, isto é, composto por representantes do povo, que levam seu papel a sério, e que são escolhidos pelo sufrágio universal em eleições periódicas, não há motivos para haver revisão judicial, sob pena de se constituir em atuação antidemocrática e inaceitável. Todavia, se o Poder Legislativo não estiver em bom funcionamento, seria até aceitável a revisão judicial, contanto que a Corte promova maior eficácia na proteção de direitos. Convém destacar que, conforme o autor, a aludida situação, embora seja aceitável, ainda não é democrática (WALDRON *apud* MENDES, 2011, p. 91).

Conforme Mendes (2011, p.93), os argumentos favoráveis ao Poder Legislativo se apoiam basicamente em dois pilares, quais sejam, argumentos em favor da representação eleitoral e argumentos em favor da regra de maioria.

Os argumentos em favor do Poder Legislativo em razão da representação eleitoral sustentam que a democracia, em sua formulação original, se dava de maneira direta, ou seja, não havia a representação. Todavia, no Estado Moderno é impossível de exercer uma democracia direta (VIDAL, 1989, p. 06) e, por isso, recorre-se ao modelo representativo de democracia; portanto, pela impossibilidade da democracia direta, a melhor solução é adotar o modelo de democracia representativa e parlamentar, pois este é o que mais se aproxima do valor democrático, uma vez que, não obstante seja de forma indireta, ainda manifesta a vontade do povo (MENDES, 2011, p. 93). Trata-se da ideia chamada de *second-best choice*, ou seja, de “segunda melhor escolha”, uma vez que a “melhor escolha”, que seria a democracia direta, se mostra impossível no Estado Moderno (MENDES, 2011, p. 93).

Ainda apoiados na representação eleitoral, há os que sustentam que a lógica da representação pelo Parlamento constitui, na verdade, *the first-best choice*, pois sustentam que o parlamento representativo constitui uma evolução e aperfeiçoamento da democracia direta. De acordo com esse entendimento, a democracia direta, por exigir a presença física do indivíduo, bem como que as tomadas de decisão sejam imediatas, faz com que a política seja pautada apenas em atos de vontade e paixão, excluindo, portanto, da política, a deliberação. Por isso, a democracia representativa, exercida por intermédio de um Parlamento representativo, ao substituir a presença física pela “presença por meio de voz”, transforma a vida política em ato de deliberação, permitindo que haja reflexão para decisões a longo prazo (MENDES, 2011, pp. 89-93).

Além disso, há os que sustentam a primazia do Poder Legislativo, consubstanciado no Parlamento representativo, com base no argumento da regra da maioria. Em primeiro lugar, os militantes desse ponto de vista defendem que o Poder Legislativo (o Parlamento), ao adotar a regra da maioria, entende a diferença de opinião entre cada cidadão, e a leva a sério, sem reprimi-la, o que demonstra, portanto, a ideia de igualdade. Assim, ao tomar uma decisão pautada no princípio majoritário, sem excluir a participação de nenhum cidadão, o Parlamento afasta qualquer noção de arbitrariedade. Em segundo lugar, há o argumento de que a regra de maioria implica limitação de poder. Nesse sentido, aponta Mendes (2011, pp. 95-96), apoiado em Ian Shapiro, que, historicamente, a chamada “tirania da maioria” ocorre muito mais em regimes não democráticos do que em regimes democráticos pautados no processo majoritário.

Em terceiro e último lugar, destacam os simpatizantes da regra da maioria que em matéria de direitos fundamentais, a legitimidade da decisão não decorre de esta encontrar-se pautada na vontade da maioria ou não, antes na sua conformidade com o princípio de justiça. Por este argumento, o Parlamento representativo, por meio do processo majoritário, não visa a legitimar suas decisões na correspondência com a vontade da maioria, senão na própria justiça da decisão (MENDES, 2011, pp. 95-96).

1.2 Argumentos favoráveis à primazia do Poder Judiciário

Quando se comenta de uma democracia, não é comum que a primeira ideia seja a centralidade de uma corte constitucional, como o Supremo Tribunal Federal. Isso porque, como ocorre no Brasil, é característica marcante do Poder Judiciário a inexistência de eleições populares para a escolha dos seus membros, sendo que é comum a vinculação de democracia com eleições. Por este motivo, ao se iniciarem os argumentos favoráveis ao Poder Judiciário, é preciso expor que o Parlamento (Poder Legislativo) é uma instituição indispensável num regime democrático, entretanto, tem-se demonstrado insuficiente (BARROSO, 2008, p.15) e, por isso, os ataques direcionados ao Parlamento não visam à sua supressão, mas apenas à relativização do seu papel, sobretudo no que diz respeito à proteção da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

Uma defesa que se faz à primazia do Poder Judiciário ao Poder Legislativo é que aquele é capaz de impedir a existência de uma “tirania da maioria”, ao proteger direitos fundamentais das minorias.

Outro argumento a favor do Poder Judiciário é que, se o povo se mobilizou para aprovar uma Constituição Federal que adotou a revisão judicial e o controle de constitucionalidade, a centralidade do Poder Judiciário é democrática, pois segue aquilo que pré-comprometido pelo povo (MENDES, 2011, p. 75). No mesmo sentido, Barroso (2008, pp. 08-09) aduz que, mesmo que o Poder Judiciário não seja eleito e tenha competência para invalidar atos do Poder Legislativo eleito, não há riscos para a legitimidade democrática da atuação judicial, visto que há um fundamento normativo para essa atuação, qual seja, a própria Constituição Federal, manifestação da vontade popular, dotou o Poder Judiciário de tais poderes.

Ademais, ao lado desse argumento normativo, há um argumento filosófico, demonstrado por este mesmo autor: o movimento do constitucionalismo se resume a limitação de poder e respeito a direitos fundamentais, ou seja, trata-se de um movimento racional; por

outro lado, a democracia diz respeito à soberania popular, ou seja, trata-se da vontade do povo (BARROSO, 2008, pp. 11-12). Naturalmente, em determinadas situações, haverá conflitos entre vontade e razão e, ciente disso, a Constituição Federal já estipulou regras para a manifestação da vontade (como representatividade, alternância de poder e governo da maioria), bem como regras de proteção de valores e direitos fundamentais, mesmo que em face da maioria, proteção essa que a Constituição optou por confiar ao Poder Judiciário.

Junto a isso, Mendes (2011, p. 81) demonstra o argumento pelo qual “a corte promove uma representação deliberativa e argumentativa”. Segundo este argumento, a democracia vai além de agregar interesses individuais, como ocorre no seio do Parlamento; democracia também diz respeito a tomar decisões pautadas em boas justificativas, que sejam compartilhadas por todos, e daí o papel do Judiciário, enquanto instituição que se liga a razões, e não aos desejos majoritários.

Complementarmente, outro ponto favorável à corte seria que seus debates giram em torno de argumentos de princípios, diferentemente do que ocorre no Poder Legislativo, marcado por barganhas eleitorais e disputas partidárias (MENDES, 2011, p. 81).

Além de defender a legitimação democrática do Poder Judiciário e o seu papel enquanto arena última de discussão, os defensores do Poder Judiciário também destinam críticas à atuação do Poder Legislativo, não com o intuito de extinguir a sua existência, mas para que não seja deste a última palavra quando o assunto é direitos fundamentais (MENDES, 2011, p. 83).

Aponta Mendes (2011, p. 83) que, historicamente, houve uma construção ideológica que levou a acreditar que o Parlamento eleito é a materialização da democracia e do governo do povo. Embora o Parlamento eleito tenha surgido no século XVIII, dentro de um contexto de aristocracia, com a ampliação do direito de sufrágio não se observou concomitante ampliação da participação, ou seja, mesmo com a dinâmica do voto, manteve-se a essência oligárquica, onde uma elite governa, e não o povo.

Adicionalmente, critica-se que os Legisladores eleitos não estão preocupados com a consagração e preservação de direitos fundamentais, mas apenas a satisfazer os interesses dos seus eleitores, com o intuito simples de se manterem no poder, ou seja, ocorreu a deturpação da representação, visto que, em vez de se preocuparem com o povo, os legisladores eleitos estão preocupados na própria manutenção no poder e, por isso, em vez de se preocuparem com questões de direitos, se preocupam com barganhas eleitorais (MENDES, 2011, p. 82).

Importa considerar, ainda, como aponta Mendes (MENDES, 2011, p. 86), que o Poder Judiciário não está imerso na complexidade institucional que existe, por exemplo, no Congresso Nacional, com coligações partidárias, comitês, poder de agenda etc. Exatamente por não estar nesse contexto, o Poder Judiciário encontra-se em um ambiente institucionalmente mais apropriado para decidir determinados assuntos, sobretudo o que diz respeito à guarda da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

Também merecem críticas as defesas que se fazem à regra da maioria, presente no Parlamento. A primeira delas, por mais óbvia que parece, consiste, nas palavras de Mendes (2011, p. 87), no fato de que “o mundo não é bipartido entre maioria e minoria. Preferências políticas, ademais, não são estáticas”. Ao trabalhar na lógica de maioria e minoria, o Parlamento supõe que a sociedade seja dividida da mesma maneira, em maioria e minoria, sem haver posicionamentos intermediários, bem como pressupõe que não há possibilidade de mudar posicionamentos e forma de pensar, na medida em que as opiniões já se encontram pré-concebida. A segunda crítica diz respeito exatamente ao fato de que “a regra da maioria é insensível à intensidade de preferências” (MENDES, 2011, p. 87), que confere importância igual ao voto individual, consagrando a igualdade formal, mas negligenciando que determinada matéria por ser mais importante para uma pessoa e irrelevante para outra, embora ambos possuam o mesmo “peso” para decidir essa questão.

Sustenta Motta (2007, pp. 27-29) que o entendimento de que a Judicialização, ou seja, a centralidade do Poder Judiciário no arranjo político, é um movimento estritamente democrático, na medida em que confere aos atores políticos e sociais mais um fórum de discussão e deliberação e, portanto, longe de implicar violação à democracia, agrega, ao lado da cidadania cívica, a possibilidade de discussão de vários assuntos na esfera judicial. No mesmo sentido, aponta Araújo (2004, pp. 11-12) que a Judicialização permite a participação popular pelo direito, e não apenas pela política, ou seja, a Judicialização não suprime as formas clássicas de participação popular por meio da representação e do processo majoritário, mas, em vez disso, soma uma nova forma de participação e até mesmo de representação, dessa vez perante o Judiciário.

Tais críticas à centralidade do Parlamento e defesa da Corte como instância democrática, apontadas a título de teoria, ganham maior relevo no cenário brasileiro, tendo em vista que, não apenas do Poder Legislativo, como também do Poder Executivo, são marcados por excessiva corrupção política, troca de favores e cargos públicos para manutenção do poder e influência, dentre outros fatores.

Portanto, a desconfiança em relação ao Legislativo e ao Executivo, somada à falta de canais institucionalizados para participação e deliberação do cidadão perante tais poderes – tais como fóruns, audiências públicas etc.- agrava a crise de representatividade, ao passo que o Poder Judiciário, marcado pela vitaliciedade e inamovibilidade de seus membros, bem como a lógica dialógica e participativa do processo judicial (melhor trabalhado no item 3), se mostra menos propenso a tal crise de representatividade.

Com a finalidade de enriquecer o debate, o próximo capítulo apresentará, em linhas gerais, a teoria de Philip Pettit acerca do republicanismo, especialmente seus conceitos de liberdade e democracia contestatória.

2 REPUBLICANISMO DE PHILIP PETTIT

Neste tópico, será apresentada a filosofia política do republicanismo, notadamente na visão de Philip Pettit, partindo da noção primordial de sua obra, que é o conceito de liberdade, para, em seguida, apontar o modelo de democracia contestatória exigido para consagração da liberdade republicana. Como será demonstrado, recorre-se à filosofia política republicana de Pettit porque esta contém um modelo de democracia que exige a, ao lado da representatividade perante Legislativo e Executivo, a possibilidade de participação cidadã, na forma de contestação, o que, por sua vez, se coaduna perfeitamente ao movimento de judicialização.

2.1 A liberdade republicana

A doutrina liberal, amparada em Isaiah Berlin (1958), sustenta a existência de dois conceitos de liberdade, a saber: liberdade positiva e liberdade negativa. Em linhas gerais, pode-se afirmar que a liberdade negativa diz respeito à área em que o indivíduo (ou corpo de indivíduos) atua com ausência de interferência (BERLIN, 1958, p. 03), enquanto a liberdade positiva concerne ao indivíduo ser seu próprio senhor (BERLIN, 1958, p. 08). De maneira mais objetiva, a liberdade positiva é marcada pela presença da participação do indivíduo na tomada de decisão, enquanto a liberdade negativa é marcada pela ausência de interferência (ELIAS, 2012, p. 04). Uma vez que Berlin é um pensador liberal, sua teoria valoriza o aspecto negativo da liberdade, por entender que a liberdade negativa é capaz de limitar a autoridade e que, por isso, os cidadãos encontram-se mais protegidos para ter suas iniciativas

(RODRIGUES, 2010, p. 38). Consequentemente, Berlin ataca a liberdade positiva, afirmando que esta se constitui uma ameaça às liberdades dos cidadãos (ELIAS, 2012, p. 04).

A dicotomia proposta por Berlin, e ainda correlata aos conceitos de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos (CONSTANT, 1819, 16 pp.) sofreu críticas por parte da doutrina republicana, especialmente de Philip Pettit, para o qual “*la distinción libertad negativa-positiva há hecho un mal servicio al pensamiento político*” (PETTIT, 1999a, p. 03). E, para superar tal dicotomia, Pettit sugere um terceiro conceito de liberdade, correspondente à liberdade republicana.

A liberdade republicana defendida por Pettit também possui um *status* negativo, isto é, também diz respeito à ausência de algo (PETTIT, 1999b, p. 02). No entanto, diferentemente da liberdade negativa de Berlin, que requer a ausência de interferência, a liberdade republicana defende a existência de liberdade quando houver a ausência de dominação (PETTIT, 2002, p. 02). Ora, se a liberdade republicana é a ausência de dominação – e não a ausência de interferência-, imperioso conceituar o que a doutrina republicana, especialmente de Philip Pettit, entende por dominação. Neste sentido, afirma Pettit que

Domination is subjection to an arbitrary power of interference on the part of another —a dominus or master—even another who chooses not actually to exercise that power. Republican freedom, I maintained, should be defined as nondomination, not noninterference (PETTIT, 2002, p. 02)¹. (fazer uma nota explicativa com a tradução-coloque no final – Tradução sob responsabilidade dos autores)

Constata-se, portanto, que para o ideal republicano não basta a simples interferência para que haja violação à liberdade; para se afastar a liberdade, é necessária a ocorrência de uma interferência qualificada, na medida em que esta interferência precisa ser arbitrária (SILVA, 2008, p. 181). Tem-se por interferência arbitrária, sinônimo de dominação, a capacidade de interferir na vida de outrem, sem considerar seus interesses (PETTIT, 1999b, p.02). Portanto, do ponto de vista do republicanismo, a mera interferência não configura violação à liberdade, senão quando a interferência é feita de uma maneira arbitrária, isto é, sem considerar os interesses, direitos, escolhas ou opinião do dominado (RODRIGUES, 2010, pp. 43-45).

A importância da distinção entre liberdade como não interferência e liberdade como não dominação ganha maior destaque ao ser confrontada com a lei e o direito. Isso porque,

¹ “Dominação é sujeição a um poder arbitrário de interferência por parte de outro – um *dominus* ou mestre – mesmo que o outro não escolha realmente exercer este poder. Liberdade republicana, eu sustento, deve ser definida como não-dominação, e não não-interferência” (tradução livre).

para os liberais, que adotam a liberdade enquanto ausência de interferência, a lei, por se tratar de um mecanismo de interferência estatal na vida dos cidadãos, *de per se* representa um óbice à liberdade; ao passo que, na teoria republicana, a lei não é vista como um mal *a priori*, senão apenas quando a lei é usada como um mecanismo de dominação (ELIAS, 2012, p. 06). Neste sentido, a interferência decorrente da *fair rule of law* não é vista como um óbice à liberdade republicana (BURGO, 2009, p. 36) , posto que não implica dominação. Ao revés, a doutrina republicana apregoa que as leis de uma república criam a liberdade dos cidadãos, aproximando, portanto, os conceitos de liberdade e cidadania (PETTIT, 1999a, p. 13).

Diante disto, é comum o aparecimento de outra questão: como garantir que o Estado, detentor do monopólio da criação das leis, não passe de um garantidor da liberdade para a figura de dominador, inclusive por intermédio das leis (SILVA, 2011, p. 06)? Silva responde tal questionamento afirmando que o Estado não será fonte de dominação quando regido por um constitucionalismo fundado sobre três pilares: que haja um império de leis, e não de homens; a distribuição de poder – a exemplo da Separação de Poderes independentes, bicameralismo parlamentar, federalismo etc; e a condição contramajoritária, isto é, que as leis não sejam simplesmente a vontade da maioria. De fato, tais condições do constitucionalismo representam uma dificuldade ao Estado enquanto fonte de dominação, no entanto, não são suficientes, na medida em que outra condição deve ser associada a esse padrão de constitucionalismo, qual seja: a democracia contestatória (SILVA, 2011, p. 07).

2.2 Democracia contestatória

Como demonstrado, o ideal republicano defendido na filosofia política de Philip Pettit reside ausência de dominação – sinônimo de liberdade republicana –, e não há tensão ou oposição entre as leis advindas da *fair rule of law* e a liberdade, sendo necessário, contudo, que o Estado seja organizado de maneira a dificultar que o mesmo seja fonte de dominação. Isso ocorre por meio do constitucionalismo pautado em três premissas já citadas e na democracia contestatória.

Inicialmente, destaque-se que a democracia contestatória não afasta a noção de democracia eleitoral, seja na forma direta ou representativa, mas apenas demonstra suas limitações, como, por exemplo, seu desvirtuamento a uma tirania da maioria (PETTIT, 1999b, pp. 06-07). Isso porque, por um lado, a democracia eleitoral possibilita o autogoverno do povo (SILVA, 2011, p. 07) - que corresponde à noção mais basilar de democracia (KEANE, 2006) -, no entanto, por outro, possibilita que o Estado persiga interesses exclusivos da

maioria. Tal situação afronta o ideal republicano de não dominação, que exige que o povo, tanto coletiva quanto isoladamente, não seja alvo de dominação. Por isso, a democracia nos moldes republicanos exige, ao lado da democracia eleitoral, a institucionalização de formas de se impedir que minorias ou indivíduos isolados sejam alvos de dominação pela maioria (SILVA, 2011, pp. 07-08).

Alegoricamente, a democracia contestatória (que abarca também a dimensão eleitoral) é vista como uma “dimensão editorial de democracia”: fazendo-se um paralelo entre o autor e o editor de um jornal, o povo, mediante a democracia eleitoral, é o autor coletivo das decisões políticas. Contudo, assim como no jornal a matéria é submetida a um editor, a decisão política feita pelo povo coletivo é submetida ao cidadão, que tem a possibilidade de contestá-la, em nome do interesse comum (SILVA, 2007, p. 18). Com isso, o cidadão – assim como o editor em um jornal – não tem a prerrogativa de, individualmente, criar leis ou tomar decisões públicas, porém poderá contestá-las, quando for contrário ao interesse público e instrumento de dominação.

Em síntese, uma república exige que o Estado não seja fonte de dominação e, para isso, adota o modelo de democracia contestatória, que assegura ao cidadão a possibilidade de questionar os atos do Estado que porventura sejam arbitrários. Uma vez que Legislativo e Executivo não dão voz ao cidadão para a defesa da liberdade contra arbitrariedade, isto pode ocorrer perante o Poder Judiciário, que, portanto, promove uma democracia participativa e dialógica.

Para que se configure uma democracia contestatória, é necessário o preenchimento de três condições: i) todas as decisões do Estado sejam baseadas em diálogos, e não em barganhas. Quando as decisões são tomadas com base em diálogos, ficam evidentes e expostos quais foram os argumentos utilizados como base para uma tomada de decisão. Expostos esses argumentos, caso a decisão estatal seja arbitrária, o cidadão terá como exercer o seu direito democrático de contestação, desde que seja capaz de se insurgir contra os motivos da decisão. Trata-se, portanto, de um modelo deliberativo de democracia, que busca um diálogo racional, e não na forma de negociação ou barganha, que exclui a possibilidade de contestação e participação do cidadão; ii) deve haver meios de manifestação e insurgência dos cidadãos que se sintam lesados pela decisão pública, isto é, trata-se de um modelo de democracia inclusiva, que garante ao cidadão formas de contestar as decisões. Assim, sempre que houver uma dominação, deve existir um meio próprio de o cidadão promover a

contestação para assegurar a sua liberdade; iii) complementarmente, além de locais para a manifestação da sua contestação, também é necessário um fórum em que sejam ouvidas essas contestações, isto é, que as contestações sejam efetivamente consideradas para a tomada da decisão com base na razão dialógica (ELIAS, 2012, pp. 11-12).

Tendo tudo isso em vista, pode-se sintetizar que na democracia contestatória as deliberações estatais devem ser tomadas com base em argumentos racionais e explícitos, ao alcance do cidadão, para que, caso se constitua em forma de dominação, haja fóruns para manifestação do cidadão, em que ele seja ouvido e tenha seus interesses levados em consideração e ponderados para a tomada de uma nova decisão. Para tanto, é necessária uma separação de poderes, com instituições fortes e capazes de promover a participação e a cidadania, viabilizando a contestação.

Portanto, na medida em que Legislativo e Executivo, por sua crise de representatividade, apenas corroboram a prática de dominação, a seguir, aponta-se o Poder Judiciário como a última arena de deliberação e diálogo político, com albergue na conformação político-constitucional brasileira, na promoção do ideal de não-dominação.

3. O ACESSO À JUSTIÇA E O PODER JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA CONTESTATÓRIA

De acordo com Hermes Zaneti Jr. (2014, pp. 16-20), no Brasil há um sistema jurídico híbrido, em que a ordem político-constitucional sofreu influência da tradição jurídica da *common law*, ao passo que o direito civil, o direito processual infraconstitucional e o direito penal foram influenciados pela tradição romano-germânica. Por influência da *common law*, adotaram-se os seguintes institutos, que merecem ênfase: controle difuso de constitucionalidade, jurisdição una, com cláusula aberta do controle judicial (art. 5º, XXV, da Constituição Federal), pleito civil *lato sensu*, e, por fim, sistema de freios e contrapesos em que a última palavra cabe ao Poder Judiciário (ZANETI JR., 2014, p.23).

Destaca-se, ainda, aliado com Zaneti Jr. (2014, p.52), que a Constituição Federal de 1988 também importou uma virada de influências políticas, na medida em que se objetiva a superação de uma democracia centralizada nos Poderes Legislativo e Executivo por uma democracia pluralista, com abertura para a participação do cidadão nas instâncias de decisão política, afinal, é exigência do Estado Democrático Constitucional que os destinatários finais do ato decisório participem dos seus atos de formação – daí, inclusive, a necessidade de se

entender o processo como sendo “procedimento em contraditório”, isto é, notar o contraditório como “valor fonte” do processo democrático (ZANETI JR., 2014, pp. 57-58).

Em decorrência de tais fatores, Zaneti Jr. (2014, pp. 107-109) sustenta que o processo deve ser entendido, em um Estado Democrático Constitucional, como direito fundamental de participação no Estado, instrumento de democracia direta, superando, portanto, a dimensão da democracia meramente representativa. Simultaneamente, o processo requer a atuação do Poder Judiciário na repolitização do direito.

É preciso considerar, ainda, que o processo também possui um escopo político, inclusive para assegurar a participação do cidadão nos atos do Estado (DINAMARCO, 1988), o que é privilegiado pela amplitude do princípio do acesso à justiça – como já mencionado, até matérias de cunho moral podem ser levadas ao Judiciário-, pela centralidade do Poder Judiciário no arranjo político-institucional –enquanto guardião da Constituição Federal.

De volta às teorias republicanas, nota-se a recorrência de críticas ao conceito de democracia contestatória, justamente no tocante às formas de acesso do cidadão a alguma instância apta a ouvir e ponderar a contestação formulada pelo cidadão, bem como quanto às maneiras como essa contestação pode ser veiculada. Tradicionalmente, espera-se que o momento de diálogo e de debate sobre os motivos e razões para a tomada de alguma decisão seja durante o processo eleitoral, realizado no Parlamento, sobretudo se considerada a lógica pela qual a sociedade está representada naquele momento de deliberação.

Todavia, o âmbito de contestação não pode ficar limitado ao procedimento eleitoral e, por isso, deve haver outros canais e instituições que reduzam as dificuldades de o cidadão contestar as decisões estatais, tais como as cortes, os tribunais e *ombudsmen*, ou seja, não se trata de suprimir manifestações sociais, mas de garantir “fóruns menos heróicos, mais formais e rotineiros de contestação” (ELIAS, 2012, p. 12).

Verifica-se, portanto, que a crítica recorrente ao republicanismo de Philip Pettit pode ser sanada, no Brasil, mediante a concretização da democracia contestatória perante o Poder Judiciário. Em razão da sua centralidade no arranjo político-institucional, o Poder Judiciário pode se imiscuir legitimamente em qualquer decisão estatal e se erigir como última arena de debate político, sempre que um cidadão ou minoria for vítima de dominação (interferência arbitrária, sem que seus interesses sejam ponderados e levados em consideração para a tomada de decisão), ainda que tal decisão seja proveniente dos Poderes Executivo ou Legislativo, tradicionalmente entendidos como representantes do povo.

Portanto, para se evitar dominação, o acesso à justiça viabiliza aos cidadãos (ou minorias, por exemplo) afetados a exposição de seus interesses, argumentos e direitos, na forma de contestação, o que, por sua vez, eleva o Poder Judiciário a última arena de debate e deliberação, e promove uma nova forma de cidadania, agregada de dimensão judicial, sem que se possa falar de falta de legitimidade democrática para a atuação do Poder Judiciário em tal contexto.

CONCLUSÃO

O presente artigo demonstrou como a crise de representatividade e os óbices ao desenvolvimento da cidadania perante ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo aproximaram o cidadão ao Poder Judiciário, o que, ao longo do tempo, acabou por agigantar este Poder, em detrimento da tradicional primazia do Poder Legislativo. A Judicialização, que decorre desse fenômeno, foi alvo de intenso debate doutrinário, com diversas defesas da sua legitimidade, mas também sofreu muitas críticas, que foram apresentadas de maneira sucinta.

Em que pesem tais críticas, entendemos que o fenômeno da Judicialização encontra albergue na Constituição Federal de 1988, sobretudo se analisada a organização institucional por ela promovida, em que a última palavra no sistema de freios e contrapesos cabe ao Poder Judiciário, em razão de características como o amplo acesso à justiça e o *judicial review*.

Além do mais, o movimento de Judicialização está em plena conformidade com a democracia contestatória pregada no republicanismo de Philip Pettit, uma vez que as especificidades brasileiras, no que tange ao seu ordenamento jurídico e organização político-institucional, permitem ao Poder Judiciário se posicionar como última arena de debate e deliberação política, e promover a democracia contestatória aos cidadãos e minorias que foram vítimas de dominação, de forma a assegurar a liberdade republicana, o que potencializa a participação popular na tomada de decisões estatais e promove uma nova dimensão de cidadania, perante o Judiciário.

Conclui-se que a democracia contestatória retirada da filosofia política de Philip Pettit se conforma ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito à separação de poderes, de maneira que o movimento de judicialização presente na realidade brasileira se mostra favorável à construção de uma cidadania participativa e judicial, complementar à atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive para suprir o déficit de representatividade nas decisões políticas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Gisele Silva. **Participação através do direito: a judicialização da política.** Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf>>. Acesso em 11 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2008. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BERLIN, Isaiah. **Two concepts of liberty.** Disponível em <https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_vwl/johannes/Ankuendigungen/Berlin_twoconceptsofliberty.pdf>. Acesso em 25 dez. 2015.

BURGO, Vitor. **Acesso à justiça e participação democrática por intermédio das ações coletivas.** 2009. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009.

CÁCERES, Florival. **História do Brasil.** São Paulo: Moderna, 1993.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Disponível em: < http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Escopos políticos do processo.** In: DINAMARCO, C.R; GRINOVER, A. P.; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo.* São Paulo, Revista dos Tribunais:1988.

ELIAS, Maria Ligia G. Granado Rodrigues. **Liberdade negativa, liberdade como não dominação e a democracia contestatória.** Disponível em <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/SemDisc2012/03-1_Maria_Ligia_Elias.pdf>. Acesso em 20 dez.2015.

KEANE, John. **Democracy, a short history.** Disponível em: <<http://www.johnkeane.net/democracy-a-short-history/>>. Acesso em 14 dez. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil**. 2007. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Acesso-aa-Justica_-Cidadania-e-Judicializacao-no-Brasil.pdf>. Acesso em 11 mar. 2016.

PETTIT, Philip. **Keeping republican freedom simple: on a difference with Quentin Skinner**. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Keeping_PoliticalTheory_2002.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015.

_____. **Republicanism: una teoria sobre la libertad y el gobierno**. Disponível em: <http://www.terras.edu.ar/biblioteca/10/FP_Pettit_Unidad_3.pdf>. Acesso em 20. dez. 2015.

_____. **Republican freedom and contestatory democratization**. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/RepublicanFreedom_DemocracysEdges_1999.pdf>. Acesso em 29 dez. 2015.

RODRIGUES, Cintia Luzardo. **Principais aspectos do neorepublicanismo de Phillip Pettit**. Disponível em <<http://pensamentoplural.ufpel.edu.br/edicoes/06/02.pdf>>. Acesso em 20 dez.2015.

SILVA, Ricardo. **Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n74/07.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2015.

_____. **Republicanism neo-romano e democracia contestatória**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n39/a04v19n39.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2015.

_____. **Participação como contestação: a idéia de democracia no neo-republicanismo de Philip Pettit**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1287/1208>>. Acesso em 29 dez. 2015.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

VIDAL, Ernesto. **Representación y democracia: problemas actuales**. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10841/1/Doxa6_08.pdf>. Acesso em 26 dez. 2015.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2ª Ed. São Paulo, Atlas: 2014.

