XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Matheus Felipe De Castro, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-070-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos políticos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

Em um momento de grave crise política e com uma reforma do sistema eleitoral brasileiro em curso, realizamos o Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade Federal de Sergipe, cidade de Aracaju, colaborando para o debate e o amadurecimento de alternativas concretas para o aperfeiçoamento da democracia representativa e sua revitalização com instrumentos de participação efetiva.

Os trabalhos apresentados, no seu conjunto, refletem profundo senso crítico, mas ao mesmo tempo prático, por parte dos pesquisadores e pesquisadoras que participaram do evento e cobrem desde questões de ordem mais técnica quanto de cunho político mais geral. A leitura desses trabalhos é uma excelente oportunidade para conhecer o tipo de pesquisa que vem sendo desenvolvida na área nos mais diversos centros de pesquisa do país. Boa leitura!

Professor Dr. José Filomeno de Morais Filho

Professor Dr. Matheus Felipe de Castro

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y DEMOCRACIA

Leandro de Assis Moreira
Bruno Coura de Mendonça

Resumo

O presente estudo é motivado pela inquietação causada em razão do crescente protagonismo do Poder Judiciário nas principais decisões políticas do país e tem por finalidade compreender se a denominada judicialização da política afeta negativamente a democracia. Inicialmente será elaborada uma abordagem acerca do significado, bem como sobre as possíveis causas da expansão do citado fenômeno. Posteriormente serão apresentados argumentos favoráveis e desfavoráveis à judicialização. Em primeiro lugar, tendo em vista que o problema não é exclusividade brasileira, serão explorados trabalhos de dois autores estrangeiros que, apesar de não serem direcionados ao caso brasileiro, certamente contribuem de maneira significativa para a presente pesquisa. Tratam-se da teoria da "Leitura Moral da Constituição", elaborada por Ronald Dworkin, e do trabalho realizado por Jeremy Waldron, que estabelece críticas ao pensamento de Dworkin. Por fim, serão exploradas opiniões de autores brasileiros sobre a judicialização da política, principalmente no que tange aos seus efeitos sobre a democracia no âmbito brasileiro.

Palavras-chave: Judicialização da política, Direito, Democracia.

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio fue motivado por la preocupación causada debido a la creciente interferencia del poder judicial en las decisiones políticas importantes de Brasil, y su objetivo es comprender si la llamada judicialización de la política afecta negativamente a la democracia. Inicialmente se explicará el significado, así como las posibles causas de la expansión de ese fenómeno. Más tarde será presentado argumentos favorables y desfavorables a la judicialización. En primer lugar, dado que el problema no es exclusivamente brasileño, se explorarán dos estudios extranjeros que, aunque no está dirigida al caso brasileño, sin duda contribuye significativamente a esta investigación. Estos son la teoría de la "Lectura Moral de la Constitución", preparado por Ronald Dworkin, y el trabajo realizado por Jeremy Waldron, estableciendo crítica al pensamiento de Dworkin. Por último, vamos a explorar opiniones de autores brasileños sobre la judicialización de la política, sobre todo en lo que respecta a sus efectos sobre la democracia en el contexto brasileño.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialización de la política, Derecho, Democracia.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo foi motivado pela inquietação gerada em consequência da crescente interferência do Poder Judiciário nas principais decisões políticas do país. Esse fenômeno chamado de judicialização da política e que se intensificou no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, vem estimulando debates acirrados, principalmente no tocante às possíveis consequências para a democracia.

A finalidade desta pesquisa é compreender se o fenômeno supracitado afeta negativamente os ideais da democracia, uma vez que o tema é tão controverso e atrai tanto opiniões favoráveis quanto desfavoráveis.

Primeiramente, a fim de se criar um alicerce sobre a matéria estudada, será apresentado o significado do fenômeno da Judicialização da Política e posteriormente será elaborado um breve estudo quanto as possíveis causas de sua expansão. Ademais, também serão abordadas as condições necessárias para que a supracitada Judicialização possa se realizar.

Fato é que o "problema" não é uma exclusividade brasileira, ao contrário, está presente em diversos países que adotam a democracia como regime político. Sendo assim, visando alcançar o objetivo do trabalho, serão analisados os fundamentos das opiniões de teóricos, tanto nacionais, como também estrangeiros, pois, ainda que a discussão dos referidos autores não seja diretamente direcionada ao caso brasileiro, acredita-se que se pode extrair ensinamentos aplicáveis à situação pátria.

Desse modo, será estudada a teoria da "Leitura Moral da Constituição", de Ronald Dworkin, que defende a judicialização, considerando-a benéfica e necessária à democracia, assim como a obra de Jeremy Waldron, qual seja, "O Judicial Review e as Condições de Democracia", a qual estabelece críticas às ideias abraçadas por Dworkin.

Por fim, serão exploradas opiniões de autores brasileiros sobre o fenômeno da judicialização da Política no Brasil, principalmente no que tange aos seus efeitos sobre a democracia do país.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AS POSSÍVEIS CAUSAS DE SUA EXPANSÃO

É indiscutível que a interferência do Supremo Tribunal Federal - STF na sociedade brasileira aumentou de maneira sensível nos últimos anos. O STF vem decidindo questões não só jurídicas, mas políticas e sociais de grande repercussão. Esse fenômeno é o que se denomina de judicialização da política que, segundo Luis Roberto Barroso, significa:

> que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2012, p. 24).

Trata-se de um tema que vem inquietando pesquisadores e que está cada vez mais sendo discutido no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Não obstante, o controle de constitucionalidade foi adotado no Brasil desde a Constituição de 1891, por influência do sistema norte-americano, mas apenas na modalidade difusa. Já na Constituição de 1934, introduziu-se o sistema de representação interventiva, em que o Procurador-Geral da República poderia submeter ao STF controvérsias acerca de violações do pacto federativo (DA SILVA, 2013).

Em 1946, adveio a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade para apurar transgressões de princípios sensíveis, como a forma republicana representativa e a independência e harmonia dos Poderes. Com a Emenda Constitucional 16/1965, instituiu-se o controle abstrato de normas estaduais e federais, também de titularidade exclusiva do Procurador Geral da República.

Todavia, foi a partir de 1988 que o Poder Judiciário passou a atuar como protagonista no cenário político e social do país. A Constituição de 1988 ampliou as modalidades de Ação Declaratória de Constitucionalidade – advinda com a Emenda 3/1993 – e Ação Direta de inconstitucionalidade e legitimou outros autores a iniciá-la[1].

[1]Art. 103 da CR/88: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - O Presidente da República; II - A Mesa do Senado Federal; III - A Mesa da Câmara dos Deputados; IV - A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal(após EC-45/2004)5; V - O

Ademais, a possibilidade de arguição de preceito fundamental criada pela Lei n.º 9.882 de 1999, além da instituição das Súmulas Vinculantes a partir da reforma do Judiciário delineada pela Emenda 45/2004, dentre outras mudanças, fizeram com que o Brasil tenha hoje um dos mais intensos sistemas de controle de constitucionalidade na atualidade (DA SILVA, 2013).

Luis Roberto Barroso (2012) elucida algumas das causas da judicialização da política, elencando em primeiro lugar o fenômeno da redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Segundo o autor e também ministro do STF, a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa, para Barroso (2012), é a abrangência da Constituição que ambiciosamente tratou de um número enorme de matérias. Desse modo, a partir do momento que se constitucionaliza assunto essencialmente político, esse assunto passa a ser jurídico, sendo transformado em uma pretensão jurídica, o que inevitavelmente amplia a atuação do Poder Judiciário.

Por fim, Barroso (2012) também considera como causa da judicialização da política no país, o fato de o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ser um dos mais abrangentes do mundo, pois combina aspectos do controle incidental americano, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei se entender que a mesma é inconstitucional, bem como aspectos do modelo europeu de controle por ação direta.

> De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na

Governador de Estado ou do Distrito Federal (após EC-45/2004); VI - O Procurador-Geral da República; VII - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - Partido político com representação no Congresso Nacional; IX - Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

> região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros (BARROSO, 2012, p. 25).

Essa expansão da interferência dos tribunais constitucionais nas principais decisões políticas e sociais, contudo, não é um fenômeno estritamente brasileiro. Conforme ensina Oscar Vilhena Vieira (2008), há hoje uma vasta literatura tentando entender este avanço do direito em detrimento da política e consequente aumento da autoridade dos tribunais em prejuízo dos parlamentares.

Oscar Vieira (2008), também enumera algumas das prováveis causas da judicialização, não só no Brasil, mas também em outros países do mundo.

Segundo o autor, para alguns analistas, o fortalecimento dos tribunais tem sido uma consequência da expansão do sistema de mercado em plano global, pois para os investidores os tribunais constituiriam em meio mais confiável para garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas "populistas" e não necessariamente eficientes do ponto de vista econômico (VIEIRA, 2008).

Uma segunda corrente, segundo Vieira (2008), desloca a culpa para a retração do sistema representativo, isto é, a incapacidade deste de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporado nas constituições contemporâneas. Desse modo, os tribunais funcionariam como guardiões dos ideais democráticos.

Para outros estudiosos, o fenômeno decorre do avanço das Constituições rígidas e ambiciosas, ao contrário das constituições liberais que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam a procedimentalização em detrimento das escolhas substantivas, que eram feitas majoritariamente por intermédio de leis e políticas públicas (VIEIRA, 2008).

Todavia, a mencionada inflação constitucional é consequência de uma verdadeira desconfiança da sociedade nos Poderes Legislativo e Executivos. "A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório" (CASTRO, 1997).

Ademais, há outro motivo que fundamenta o surgimento, a consolidação e o crescimento da judicialização da política no Brasil. Existem algumas condições necessárias

para a existência do fenômeno em um determinado país. José Ribas Vieira, afirma que tais condições são:

> a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias (VIEIRA, 2009, p. 46).

Ocorre que "todos esses fatores, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros da atualidade" (VIEIRA, 2009, p. 46).

3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O tema judicialização da política é muito controverso, gerando opiniões favoráveis e desfavoráveis quanto ao fenômeno. No presente tópico, serão demonstrados alguns dos argumentos que o considera positivo e até mesmo necessário que as grandes decisões políticas sejam revistas pelo Poder Judiciário, inclusive como forma de garantia da democracia, bem como argumentos daqueles que entendem que a judicialização é prejudicial ao Estado Democrático de Direito.

Todavia, será dado enfoque às contribuições de Ronad Dworkin e Jeremy Waldron acerca do assunto. O primeiro estudioso com opiniões favoráveis à judicialização por meio do que ele denomina de "leitura moral da Constituição", enquanto o segundo tece críticas ao posicionamento de Dworkin.

Não obstante o fato de os supracitados autores fazerem expressas referências à constituição e casos práticos norte americanos, considera-se que os fundamentos utilizados por eles podem ser bastante úteis para a análise da polêmica também no âmbito brasileiro.

3.1 Argumentos favoráveis: Ronald Dworkin e a teoria da "Leitura Moral da Constituição".

Para introduzir seu pensamento, Dworkin (2006) inicia explicando que a maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo de forma

abstrata, sendo que a leitura moral propõe a interpretação e aplicação de tais dispositivos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.

De acordo com Dworkin (2006) a leitura moral não é revolucionária na prática, ao contrário, no trabalho cotidiano dos juízes ela é constantemente utilizada, todavia os profissionais preferem não admitir e afirmar que utilizaram outras técnicas para decidir os casos constitucionais.

Isto por que a leitura moral cria uma sensação de estar eliminando a distinção entre direito e moral, pondo o direito na dependência de princípios morais. Igualmente, parece constranger a soberania do povo, tirando as grandes questões morais das mãos desses e entregando-as a uma elite profissional. Todavia, de acordo com Dworkin, tais críticas se devem a uma interpretação errônea da leitura moral, que segundo ele é na verdade democrática e indispensável (DWORKIN, 2006).

Explicando, então, o que vem a ser a chamada "leitura moral", Dworkin (2006) ensina que os dispositivos constitucionais norte-americanos que protegem os indivíduos e as minorias se encontram na Declaração de Direitos, isto é, são as emendas que tratam da liberdade de expressão, da proteção igualitária da lei, etc. Tais dispositivos são expostos, segundo o autor, numa linguagem moral excessivamente abstrata e devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem, ou seja, referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado.

Importa esclarecer que a leitura moral não é adequada para a interpretação de qualquer conteúdo da constituição, por exemplo, o art. II, da Constituição norte-americana, que estipula que o presidente deve ter mais de 35 anos, não é passível de uma leitura moral, pois não é um princípio moral. Já a Décima Quarta Emenda, que dispõe que nenhum estado pode negar a nenhuma pessoa a mesma proteção da lei, esta sim é passível de uma leitura moral, pois tem como conteúdo um princípio moral (DWORKIN, 2006).

Conforme Dworkin (2006), dois preceitos devem ser observados no momento de se fazer uma leitura moral da constituição: 1º) A história: é um elemento essencial para saber o contexto em que a norma foi escrita. Não há necessidade de saber o que os autores da norma previam ou queriam que acontecesse, ou como eles mesmos interpretariam aquela norma, mas

apenas o contexto em que a mesma foi editada; 2º) A integralidade da constituição: a interpretação não deve levar em conta somente o que os próprios autores pretendiam dizer, mas também a prática jurídica e a política do passado. Ademais, exige-se que a interpretação seja coerente com o desenho estrutural da constituição.

Para Dworkin (2006), esses dois exemplos de limites da interpretação por meio da leitura moral já seriam suficientes para superar a crítica de que os juízes teriam poder absoluto para decidir as grandes questões constitucionais livremente de acordo com suas convicções pessoais.

Para defender a leitura moral, Dworkin (2006) acha imprescindível entender o que é democracia. Assim, o autor recorda que normalmente se afirma que democracia significa governo do povo, mas ao mesmo tempo indaga: o que significa isso? Dworkin então explica que não há definição explicita sobre o que seja democracia, pelo contrário, existem muitas controvérsias.

A discussão gira em torno de quais técnicas de representação, periodicidade e modalidade de eleições constituem a melhor versão da democracia. O autor então abre a discussão acerca da Premissa Majoritária, ou seja, a tese que defende que nos procedimentos políticos mais importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos (DWORKIN, 2006).

Dworkin (2006) não concorda que a Premissa Majoritária é a melhor alternativa para se chegar à democracia. Ele defende o que chama de "Concepção Constitucional da Democracia".

A Concepção Constitucional da Democracia segue no sentido de que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito (DWORKIN, 2006).

> A democracia é um governo sujeito às condições - podemos chamá-las de condições "democráticas" - de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os vereditos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se

> deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitam as condições democráticas (DWORKIN, 2006, p. 27).

Isto é, um Tribunal Constitucional que deva ter poder para, em nome do ideal democrático, julgar inconstitucional uma lei que embora escolhida pela maioria, não respeita o direitos constitucionais, como a igualdade, por exemplo.

Para os críticos que afirmam que o constitucionalismo agregado às revisões judiciais coloca em risco a liberdade da sociedade, pelo fato de uma decisão judicial de cunho político contradizer aquilo que a maioria dos cidadãos decidiu, Dworkin (2006) responde que existem dois tipos de liberdade. A liberdade negativa, como a liberdade de expressão e igualdade, e a liberdade positiva, que se refere a autodeterminação, de modo que o constitucionalismo protege as liberdades negativas em detrimento das liberdades positivas, prevalecendo portanto a ideia de liberdade baseada em uma ação comunitária, e não estatística do governo do povo (DWORKIN, 2006).

Ação estatística é quando aquilo que o grupo faz é uma somatória de atos individuais, sem pensar que estão agindo em grupo, enquanto ação comunitária acontece quando os indivíduos agem juntos de forma que unem suas ações separadas num ato ulterior unificado, como ocorre numa orquestra musical. (DWORKIN, 2006).

Dworkin (2006) defende a ideia de uma democracia movida pela ação comunitária, onde as decisões políticas são tomadas por uma entidade representante do povo e não por um conjunto de quaisquer indivíduos encarados um a um.

Quanto às críticas baseadas no fundamento de que o constitucionalismo aliado às revisões judiciais acarretaria prejuízo à igualdade política da sociedade, isto é, igualdade política como igualdade de influência sobre a opinião dos outros, Dworkin defende que a influência deve ser desigual, no sentido de que pessoas que tenham as melhores opiniões e melhor desenvoltura para defendê-las detenham maior influência. Para Dworkin, igualdade de influência seria o fim da deliberação em nossa vida política (DWORKIN, 2006).

Os críticos da judicialização da política também utilizam o argumento de que o senso de comunidade é negativamente afetado, ou seja, que deixando as importantes decisões

políticas nas mãos de uma elite profissional de direito, haveria um enfraquecimento da noção de comunidade perante a sociedade.

Dworkin (2006) concorda que a comunidade é importante, mas discorda de que a leitura moral enfraquece a noção de comunidade, pois o interesse das pessoas de viver em comunidades pode ser atendido por comunidades não políticas, como grupos religiosos, profissionais e sociais. E que inclusive a Constituição não tolhe o poder do povo de formar comunidades, pelo contrário, protege, por exemplo, quando garante o direito de associação ou quando proíbe a discriminação religiosa.

Todavia, Dworkin defende que é difícil acontecer um debate nacional sobre princípios constitucionais, pois normalmente envolvem conceitos complexos, que dependeria de técnica jurídica para ser interpretado. Entretanto, o autor deixa claro que não entende que só juízes devem discutir os mais elevados princípios constitucionais, mas também o legislativo.

Por fim, explica Dworkin que:

> A democracia seria inviabilizada por qualquer mudança constitucional que desse a uma oligarquia de especialistas não eleitos o poder de derrubar e substituir qualquer lei que lhes parecessem injustas, mesmo que os especialistas sempre melhorassem a legislação rejeitada - sempre estipulassem, por exemplo, um imposto de renda mais justo do que o aprovado pelo legislativo -, haveria uma perda de autogoverno, e tal perda não seria compensada pelos méritos das decisões deles. Mas a situação é diferente quando existem motivos plausíveis [afronta aos princípios constitucionais] para se querer saber se uma determinada lei, regulamento ou programa de governo solapa ou enfraquece o caráter democrático da comunidade, e a estrutura constitucional propõe essa questão a um tribunal de justiça (DWORKIN, 2006, p. 49).

Dworkin (2006) lembra ainda que a autoridade que a Suprema Corte possui para tornar uma lei inválida se for considerada inconstitucional não impede os legisladores de fazerem seus próprios juízos constitucionais e reprovarem determinados projetos de lei. Contudo, adverte que os legisladores são vulneráveis à pressões tanto pelo lado político quanto pelo lado financeiro, não sendo o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares.

3.2 Argumentos contrários: contribuições de Jeremy Waldron

Jeremy Waldron, em seu artigo “O Judicial Review e as Condições da Democracia", desenvolve críticas ao pensamento de Dworkin acerca do Judicial Review, ou seja, das mencionadas revisões realizadas pelos tribunais constitucionais sobre as leis criadas por meio de um procedimento legislativo democrático. Waldron não discorda totalmente de Dworkin, concordando que:

> (1) existe uma conexão importante entre direitos e democracia; (2) alguns direitos devem ser considerados como as condições de legitimidade da deliberação majoritária e (3) se as pessoas discordam a respeito de quais os requisitos da democracia, recorrer-se à legitimidade da deliberação majoritária para resolver esse conflito pode ser questionável (WALDRON, 2009, p. 268).

Todavia, apresenta diversos argumentos contra a teoria de Dworkin, principalmente quanto ao seu pensamento de defender que o sistema adotado nos EUA, o Judicial Review, seja uma forma mais democrática de controle de constitucionalidade enquanto que a forma utilizada em outros países, qual seja a vontade majoritária, seja menos democrática.

Defende também, Waldron (2009), que não é pelo fato de o controle exercido pelas instituições majoritárias não ser o mais justo, que o controle realizado pelas Cortes o seja. Segundo o autor, esse simples argumento não pode ser suficiente para legitimar o controle exercido pelo Judiciário. Ainda que se admita que a deliberação majoritária feita por cidadãos representados por parlamentares seja passível de acarretar injustiças sociais, isso não garante que as decisões majoritárias de uma Corte de teóricos decidam sempre de maneira justa.

> Outros sistemas políticos possuem todos os perigos do processo deliberativo majoritário: eles podem errar, eles podem ter um efeito injusto sobre determinados indivíduos ou grupos, ou seja, eles podem agir de modo ditatorial. Porém, eles têm uma deficiência no que tange à legitimidade que a deliberação majoritária não tem: trata-se de formas de governo que não permitem o voto e a opinião de todos os indivíduos nos procedimentos deliberativos; em vez disso, eles tomam decisões finais a respeito dos direitos de milhões com base nas vozes e nos votos de apenas alguns (WALDRON, 2009, p. 265).

Waldron (2009) critica o fato de que a última palavra sobre os direitos e deveres de uma sociedade seja dada por alguns poucos teóricos investidos de muito poder, pois é provável que haja um prejuízo democrático nas decisões, já que todos os seres humanos possuem interesses próprios. Todos já carregam suas experiências de vida e suas próprias convicções, logo, as decisões tomadas seguiriam no respectivo sentido e não necessariamente

seria uma decisão democraticamente correta. Mesmo porque, “até mesmo os juízes da Suprema Corte gozam dos direitos que eles determinam que os cidadãos norte-americanos devam ter” (WALDRON, 2009, p. 262).

Outro ponto levantado por Waldron (2009) é o de que o Judicial Review também acaba funcionando como um mecanismo de enfraquecimento do engajamento político da população em questões polêmicas. Ele faz essa crítica, pois discorda quando Dworkin (2006) sustenta que quando questões polêmica são tratadas pela Suprema Corte, o debate abrange um número muito maior de pessoas, acarretando uma análise muito mais sutil das complexidades envolvidas em tal questão.

Para exemplificar Waldron cita o caso sobre a legalização ou não do aborto. O autor acredita que debate nacional a respeito do tema pode ser mais bem informativo e amplo, como ocorre em locais como a nova Zelândia e no Reino Unido, nos quais o aborto não é assunto de âmbito constitucional. Em sua opinião, o assunto talvez seja até mais bem explorado, pois nestes lugares o debate não está contaminado pelas discussões sobre como se deve analisar um documento do século XVIII, em franca crítica ao engessamento que a discussão traz, uma vez que a Corte deverá se ater aos ditames da Constituição.

Ou seja, Waldron (2009) acredita que o debate público em questões polêmicas pode ser mais atual e humanizado se feito de forma mais direta, com base nos princípios aplicáveis, em vez de se construir princípios que decorram de algum texto sagrado, engessado, no exercício tendencioso da caligrafia constitucional.

Waldron (2009) também critica a ideia de Dworkin de que não interessa o modo como se chega a uma decisão em prol da democracia, mesmo que esse modo seja atingido de forma não democrática. Para Dworkin (2006), no caso da Suprema Corte decidir sobre a constitucionalidade das leis, esse fato deve ser aceito pelo povo americano sem discordância. Deve-se aceitar apenas pelo fato de que essa forma é a melhor para todos, e que, se foi pensada assim quando da promulgação da constituição americana, foi feita com a melhor das intenções, e sempre em prol do bem comum.

Waldron (2009) considera temeroso afirmar que o controle realizado pelas mãos de tão poucos seja uma forma mais democrática do que a deliberação majoritária, mesmo sob o

argumento de que esses poucos são mais bem preparados para decidir do que todo o resto da sociedade.

> A democracia requer que quando exista um desacordo sobre uma questão a respeito da qual uma decisão em comum é necessária, todos da sociedade têm o direito de participar em termos equitativos para a resolução de tal desacordo. Os procedimentos envolvidos nisso são complexos e indiretos, podendo existir estruturas intrincadas de representação e eleição. Todos eles visam ao final, no entanto, o mesmo ideal: a participação do povo. [...] Se alguns são excluídos deste processo, ou se o processo em si mesmo é desigual ou inadequado, então, tanto os direitos quanto a democracia estarão comprometidos (WALDRON, 2009, p. 252).

De acordo com Jeremy Waldron (2009), sempre há uma perda para a democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por uma instituição não democrática, mesmo que esse ponto de vista esteja correto e apresente melhorias à democracia. Também, não há motivos para se acreditar que o Judicial Review acarreta melhorias à qualidade do debate político participativo em uma sociedade.

4 DA DISCUSSÃO ACERCA A INFLUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

As ideias abordadas no tópico anterior, apesar de não serem diretamente direcionadas ao fenômeno da judicialização no Brasil, sem dúvidas contribuem significativamente para a discussão do tema no cenário brasileiro.

Todavia, conforme já dito, a atuação do Poder Judiciário no Brasil, assim como em diversas democracias no mundo, está cada vez mais ocupando um papel de destaque nas principais decisões políticas do país, o que vem provocando o crescimento de debates acadêmicos acerca do assunto.

Desse modo, no presente tópico, pretende-se apresentar alguns argumentos positivos e negativos sobre o fenômeno da judicialização da política no Brasil, principalmente no que tange à democracia.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2012) o supracitado fenômeno possui pontos positivos e negativos. Positivos, pois o Judiciário, em regra, está atendendo à demandas da

sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, como por exemplo, em temas como greve no serviço público e o fim do nepotismo.

Por outro lado exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica, o que seria um problema, já que não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade (BARROSO, 2012).

Não obstante, as principais críticas ao protagonismo judiciário recaem sobre a questão da democracia ou, mais especificamente, sobre o possível enfraquecimento desta pelo fato de uma cúpula de teóricos não eleitos pelo voto popular ter o poder de invalidar leis que foram elaboradas por representantes eleitos.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira (2008):

> a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. (VIEIRA, 2008, p. 445)

Para Vinícius Figueiredo Chaves (2013), de fato a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade, mesmo por que é preciso lembrar que o poder emana do povo, e não dos juízes.

Ademais, para o mesmo autor, mesmo nas hipóteses em que o Tribunal Constitucional realizou audiências públicas, adotou-se uma formatação que restringe uma maior contribuição da sociedade por não haver uma abertura de diálogo efetivo com a sociedade. Desse modo, ele acredita que as relações entre o povo e o poder ficam cingidas, como também, o subsídio ao Supremo Tribunal para as tomadas de decisão limita a democracia participativa e, consequentemente, as possibilidades de construção de melhores soluções para questões de grande importância social e interesse público. (CHAVES, 2013)

Todavia, é possível verificar a discordância do atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso, quanto ao supracitado argumento, pois, segundo ele, as grandes questões provocam maior interesse da sociedade quando são discutidas no Supremo. Por exemplo, "as audiências

públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei" (BARROSO, 2012, p.27).

Barroso (2012) ainda contribui trazendo dois fundamentos para defender a legitimidade do STF de invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular e que foram escolhidos pelo povo. Uma das justificativas possui natureza normativa, enquanto a outra natureza filosófica. Para o ministro:

> O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.
>
> A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (BARROSO, 2012, p. 28).

Percebe-se que os argumentos trazidos por Luís Roberto Barroso se aproximam dos utilizados por Ronald Dworkin. Os dois autores, além de não concordar com a afirmativa de que a judicialização aliena a sociedade civil das grandes decisões políticas, também consideram importante a atuação do tribunal na defesa dos direitos fundamentais e no controle da premissa majoritária.

Para Vieira (2008), contudo, o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de “proteção de regras” constitucionais face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de “criação de regras”; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer interprete constitucional, com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática.

Barroso (2012) concorda com Vieira quanto ao fato de que o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso, exceto em relação ao que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais. Quanto às demais decisões, os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos.

Não obstante, ainda afirma que em todas as grandes questões sobre as quais o STF foi provocado a se pronunciar, ele o fez nos limites dos pedidos formulados. Ademais, uma vez preenchidos os requisitos processuais, o Tribunal não tinha alternativa senão a de conhecer das ações, ou seja, não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão em face dos precedentes, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. O Supremo limita-se a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional em conformidade como desenho institucional vigente (BARROSO, 2012).

Vieira afirma que é difícil julgar se o fenômeno da "supremocracia" – como denomina o autor o aumento da atuação do STF nas principais decisões políticas do Brasil – é positivo ou negativo, ainda mais quando o discutimos no contexto de inúmeras decisões importantíssimas do Supremo (VIEIRA, 2008).

Já Vinicius Figueiredo Chaves entende que o processo de judicialização da política "pode tanto ser decisivo para a consolidação e fortalecimento da democracia brasileira quanto contribuir para o estremecimento de seus alicerces: apresenta possibilidades, mas também riscos" (CHAVES, 2013, p. 139).

O Autor então elenca algumas posturas a serem adotadas pelo STF que podem contribuir para a consolidação do fenômeno estudado, sem prejuízo à democracia, quais sejam:

> i) concentrar esforços na busca de uma parametrização teórica, que sirva de critério racional de decisão e seja voltada para a apresentação à sociedade de razões argumentativas legitimadoras; ii) necessidade de autocontenção judicial na realização dos direitos sociais; iii) no campo das políticas públicas, restringir a intervenção judicial às hipóteses asseguradoras da supremacia da Constituição, isto é, quando inexistente a política pública ou, ainda, quando existente, mas fora dos parâmetros e prioridades constitucionais; iv) promover uma atuação indutiva (e não substitutiva) da atuação dos outros poderes, com vistas à correção de erros e omissões; v) ampliação dos mecanismos de participação da sociedade civil, para a abertura de um canal efetivo de diálogo com a sociedade; vi) a busca de arranjos mais comunicativos nos processos deliberativos, para ampliação argumentativa e tomadas de decisão de forma mais colegiada e menos individualizada; vii) o alinhamento interno dos próprios ministros em torno de uma ação orientada pelo entendimento, no sentido de evitar disputas e embates públicos capazes de reduzir a credibilidade da Suprema Corte; ix) uma menor exposição individual dos ministros na mídia (CHAVES, 2013, p. 140).

Chaves (2013) alerta que são necessários debates acadêmicos em torno da expansão do poder judiciário, a fim de que se desenvolvam caminhos para que a judicialização da política ocorra sem violar o equilíbrio do sistema político e de forma compatível com bases da democracia constitucional, maximizando as suas possibilidades e minimizando riscos.

Luís Roberto Barroso também admite pontos positivos e negativos acerca do fenômeno estudado, contudo, para ele, "os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis" (BARROSO, 2012, p. 31).

> O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça (BARROSO, 2012, p. 31).

Para Barroso (2012), até aqui, o modelo tem sido parte da solução, e não do problema. O Autor associa a judicialização com um antibiótico poderoso, afirmando que o uso deve ser eventual e controlado, caso contrário há risco de se morrer da cura.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto na presente pesquisa, ficou evidente que o fenômeno da judicialização da política se faz presente nos diversos países que adotam a democracia como regime político. Logo, no Brasil a situação não é diferente, sendo que a atuação do poder judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal vem se expandindo e interferindo cada vez mais nas principais decisões políticas do país.

Verificou-se que o supracitado fenômeno é tema controverso e tem gerado muito debate contendo opiniões em sua defesa, outras contrárias e também aquelas que entendem que a judicialização da política possui tanto pontos negativos, quanto positivos. Todavia, notou-se que a maior inquietação gira em torno dos seus efeitos na democracia.

Por meio da análise das fundamentadas opiniões apresentadas, conclui-se que o excesso de atuação do poder judiciário pode ser tanto prejudicial quanto benéfico à democracia. Prejudicial, caso a atuação judicial não respeite exatamente os limites constitucionais a ela imposta ou quando não exercidas apenas para salvaguardar direitos fundamentais que eventualmente sejam desrespeitados por determinada norma.

Todavia, considera-se fundamental, para a manutenção da democracia, que exista a possibilidade de revisão de leis por uma cúpula de técnicos juristas, ainda que se reconheça que foram aprovadas por representantes eleitos pelo povo, pois assim se reduzem as chances se criar uma espécie de "ditadura da maioria" e de vigorarem leis em dissonância com o objetivo constitucional de igualdade, liberdade e justiça.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p.23-32, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 05 jan. 2015

CABRAL, Rafael Lamera. **Democracia, Judiciário e a Crítica à *Judicial Review.*** Revista Direito e Liberdade. v. 16, n. 2, maio/ago., p. 155-175, 2014.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de Carvalho. **Em Busca da Judicialização da Política no Brasil:** apontamentos para uma nova abordagem. Rev. Sociol. Polít, Curitiba, n. 23, nov., p. 115-126, 2004.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Possibilidade e riscos da Judicialização da Política para a Consolidação Democrática Brasileira. •** Ed. Unijuí. Revista Direitos Humanos e Democracia, ano 1, n. 1,jan./jun, p. 116-146, 2013.

DA SILVA, Edvaldo Fernandes. **Excesso de Jurisdição ou Escassez de Política?** Apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, jan./jun., p. 209-230, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade.** 1ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

VERBICARO, Loiane Prado. **A Judicialização da Política à luz da teoria de Ronald Dworkin.** In: CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso:** a judicialização da política e o ativismo judicial no brasil. Rev. Estação Científica. Ed. Especial Direito, Juiz de Fora, v. 1, n.4, out./nov., p. 44-57, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** In: Revista Direito GV, n. 8, p. 441-463, 2008.

WALDRON, JEREMY. **O judicial review e as condições de democracia.** In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Limites do controle de constitucionalidade. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.