XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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

T314

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

Coordenadores: Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Rubens Beçak - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-418-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Crise. 3. Instituições da democracia. 4.Direitos políticos. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

A publicação "Teorias da Democracia e Direitos Políticos" é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 21 de julho de 2017, por ocasião do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, realizado no Centro Internacional de Convenções do Brasil – CICB, entre os dias 19 e 21 de julho de 2017.

O grupo de trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos teve o início das suas atividades no Encontro Nacional do CONPEDI Aracajú, realizado no primeiro semestre de 2015. Naquela ocasião, seus trabalhos foram coordenados pelos Professores Doutores José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e Matheus Felipe de Castro (UFSC).

A partir de então, além dos supracitados Professores, coordenaram o GT nos eventos subsequentes os Doutores Rubens Beçak (USP), Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ /UFPB), Adriana Campos Silva (UFMG) e Yamandú Acosta (UDELAR – Uruguai).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Não há dúvidas de que mesmo após a terceira onda de democratização, ocorrida no último quarto do século XX, o mundo se deparou com uma grave crise das instituições da democracia e, por conseguinte, dos direitos políticos, em vários países e em diversos continentes. O atual contexto, no qual se encontram as instituições político-jurídicas brasileiras, ilustra bem esta crise.

No XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI Brasília, o GT Teorias da Democracia e Direitos Políticos apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT Teoria Constitucional I, sob a coordenação dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ /UFPB), Rubens Beçak (USP) e José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR).

Dessa forma, esta publicação apresenta algumas reflexões acerca das alternativas e proposições concretas que visam o aperfeiçoamento das instituições democráticas e a garantia da efetiva participação dos cidadãos na vida pública. Assim, os trabalhos aqui publicados, sejam de cunho normativo ou empírico, contribuíram de forma relevante para

que o GT Teorias da Democracia e Direitos Políticos permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira (Unipê/UFPB)

Prof. Dr. Rubens Beçak (USP)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor)

TEORIAS DA DEMOCRACIA: RAWLS, HABERMAS E NINO E O NOVO PAPEL DO STF

THEORIES OF DEMOCRACY: RAWLS, HABERMAS AND CHILD AND THE NEW ROLE OF THE STF

Maria Luiza Scherer Lutz [1]
Debora Vasti Da Silva Do Bomfim Denys [2]

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar a democracia deliberativa que advém do conflito imanente entre o constitucionalismo e a democracia que exalta a soberania popular sobre questões politicamente relevantes para o seu meio. Serão analisados neste desiderato os modelos de democracia de Rawls, Habermas, bem como o paradigma cooperativo proposto por Nino. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica e documental. Centralizou-se o estudo sob a forma de reflexão sobre a maturidade das instituições políticas e da práticas democráticas, averiguando-se ainda o novo papel do STF e a Judicialização da Política.

Palavras-chave: Constituição, Direitos fundamentais, Democracia deliberativa, Judicialização, Stf

Abstract/Resumen/Résumé

The present work proposes to analyze the deliberative democracy that comes from the immanent conflict between the constitutionalism and the democracy that exalts the popular sovereignty over politically relevant issues for its environment. The models of democracy of Rawls, Habermas, as well as the cooperative paradigm proposed by Nino will be analyzed in this desiderato. The methodology used was that of bibliographical and documentary research. The study was centered in the form of reflection on the maturity of political institutions and democratic practices, as well as the new role of the STF and the Judicialization of Politics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Fundamental rights, Deliberative democracy, Judicialization, Stf

---

[1] Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário UNIBRASIL (2016). Mestrado sanduíche Universidade de Pablo Olavide (UPO) - Espanha (2017). Membro do Núcleo de Pesquisas Constitucionais - NUPECONST (CNPq)

[2] Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub) (2015) e Bacharelado em Ciências Jurídicas pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso - FUCMT (1991).

O Estado de Direito é um ideal que tem como principal enfoque a subordinação do poder político às regras gerais, abstratas e não retroativas e, que tem por finalidade combater a arbitrariedade e o abuso do poder através de uma institucionalização de um governo que tenha como pressuposto a razão. Assim, todos os cidadãos devem dispor de meios cognitivos para prever quais tipos de decisões poderão ser tomadas, em particular pelo Executivo e Judiciário. (ZOLO, 2006, p. 37).

Na atualidade, o Estado de Direito se tornou mais abrangente, chegando ao ponto de quase ser confundido com o constitucionalismo. O constitucionalismo por sua vez, oferece ao poder limitações que, em excesso, podem sufocar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão. Já a democracia sem limites pode causar sérios riscos aos direitos fundamentais das minorias, bem como aos valores sociais decorrentes do processo democrático. (SARMENTO, 2007, p. 16)

A principal característica da democracia deliberativa é a busca pela conciliação da matriz político-liberal com a matriz democrática. Para realizar a análise deste ponto, torna-se imprescindível esclarecer que a democracia necessita de um nexo com o liberalismo político.

É cediço que, a soberania popular já foi vista como uma ameaça à liberdade individual. NOVAIS (2012, p. 17) afirma que um Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais desempenham um papel essencial.

Para estudar o Estado de Direito, cumpre destacar a importância do jusnaturalismo moderno. Nesta óptica, os cidadãos são titulares de direitos oponíveis contra o estado. Para o jusnaturalismo, a função estatal é garantir aos indivíduos os direitos naturais, esta é a ideia central do pensador John Locke. A

concepção de direito natural é um limite à ação do Estado, em que sua validade independe de terem sido efetivamente reconhecidos direitos individuais.

Ao afirmar que direitos fundamentais são uma limitação ao poder estatal, não se pode concluir que o Estado não pode restringi-los. Neste desiderato, soerguem-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a finalidade de manter somente restrições a direitos fundamentais alicerçadas nos fundamentos de adequação, necessidade e justificação compatíveis com a Constituição. Outra forma decorrente da moderação do poder estatal é a divisão funcional realizada dentre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

É de suma importância que para a construção de um modelo contrário ao absolutismo, o poder não se concentre nas mãos de um só órgão, com o intuito de tomar as decisões unilateralmente. O poder deve ser distribuído de forma que se permita que um controle o outro. A este sistema normativo-constitucional, denominou-se "freios e contrapesos", no qual a principal ideia é a interpenetração das funções do Estado. Assim, as funções são divididas entre os órgãos existindo uma nítida cooperação entre os poderes.

SOUZA NETO (2006, p. 32) menciona como exemplo do diálogo institucional entre os Poderes: para que um projeto de lei ordinária seja aprovado, além de contar com a maioria dos votos no Parlamento, deve também, ser objeto de sanção presidencial, e ainda, sua constitucionalidade ser fiscalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Da separação dos poderes também nasce o princípio da legalidade, o qual determina que todos os atos se limitem à aplicação da lei. Ainda, a lei deve ser aplicada de maneira indistinta, não podendo beneficiar ou prejudicar determinados grupos. O conteúdo material do princípio da legalidade se baseia na ideia de abstratividade, generalidade e irretroatividade.

Desta forma, os direitos fundamentais e a separação de poderes têm como função garantir que o poder não seja exercido de forma arbitrária.

Uma das principais bases do pensamento político moderno é a democracia. Neste aspecto, o Judiciário e em especial o STF, como guardião constitucional deve fiscalizar a participação popular e reprimir qualquer tipo de discriminação, proteger direitos políticos, além de observar o funcionamento e manutenção do processo decisório. Esta função do Poder Judiciário tem por finalidade garantir a liberdade de expressão, o direito de reunião, de associação partidária e até mesmo o direito ao voto (MENDES, 2011, p. 66) A democracia protege a minoria impondo limites à maioria.

A democracia tem como principal fundamento a preocupação com a participação do indivíduo no processo decisório sobre a política. Uma norma só é legítima quando os seus destinatários participam do processo de elaboração, ou seja, deve haver uma harmonia, um equilíbrio, entre governantes e governados. E, por conseguinte, uma isonomia entre os governados. É imprescindível que a democracia seja uma forma de governo para que a soberania popular seja efetiva, além disso, é necessário que ela seja aplicada também fora do âmbito eleitoral.

A vontade popular não está no consenso sobre as decisões a serem tomadas. Dentro do processo democrático há uma discrepância de opiniões, de forma que a vontade popular seja entendida como vontade comunitária qualificada pelo interesse público.

A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Nas duas últimas décadas do século XX, predominavam teorias da democracia que se restringiam ao processo de agregação de interesses particulares, modelos agregativo e elitista, cujo intuito era a escolha de elites governantes. Neste período, nasce a democracia deliberativa: “o processo democrático não pode ser reduzido ao momento decisório; inclui também a possibilidade de se debater acerca dos assuntos a serem decididos; envolve um momento tipicamente deliberativo” (SOUZA NETO, 2006, p. 71)

A democracia deliberativa é um sistema que deve ser influenciada por argumentos, temas e discussões de justificação com base na comunicação dos indivíduos envolvidos no processo decisório. (MACHADO, 2015, p. 236)

O constitucionalismo neste desiderato é visto como limitação do poder, enquanto que a democracia é o governo do povo. Em que pese seus objetivos serem evidentemente distintos, o constitucionalismo e a democracia integram o Estado Moderno. (GONÇALVES, 2012, p. 29)

Nesse contexto, surgem três modelos de democracia deliberativa, os quais são modelo substantivo de democracia deliberativa de Rawls, modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas e o modelo cooperativo de Carlos Santiago Nino.

Na década de 70, John Rawls elabora este modelo de democracia deliberativa a partir da análise do termo "razão pública". Para ele, razão pública abrange princípios substantivos de justiça, além de regras de argumentação.

Rawls busca justificar de forma mais esclarecedora a aplicação dos princípios, ou ainda, solucionar eventual colisão entre eles. Os princípios de justiça devem ser submetidos a dois procedimentos: posição original e equilíbrio reflexivo.

A partir deles, surgem dois princípios. O primeiro princípio se baseia na igualdade de direitos entre os indivíduos, para que, ao final, o sistema de liberdade se equipare a todos. O segundo princípio reside na ideia de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo que sejam benéficas aos menos favorecidos, respeitando as restrições principiológicas e, além disso, sejam dadas oportunidades de modo igual a todos. (SOUZA NETO, 2006, p. 101)

Do modelo substantivo de democracia deliberativa, também decorrem regras, as quais têm como função orientar a aplicação dos princípios. A primeira regra da prioridade, na qual as liberdades básicas só podem ser restringidas em favor da liberdade. E a segunda regra, funda-se na ideia de que uma liberdade

desigual pode ser aceita por aqueles que têm menos liberdades. (SOUZA NETO, 2006, p. 102)

Na segunda metade da década de 80, Habermas cria o modelo de democracia deliberativa constituído pela conciliação da soberania popular e do Estado de Direito. A opinião e a vontade dependem da existência dos direitos fundamentais. A liberdade e a igualdade são os pilares da democracia e do Estado de Direito. Isso garante a participação das minorias nos debates sobre as decisões políticas. (SOUZA NETO, 2006, p. 128)

Claudia Feres ensina "Habermas vem oferecendo através de sua obra, uma oportunidade ímpar de compatibilizar o ideal da participação com os problemas colocados à sociedade moderna pela complexidade e pelo pluralismo" (FARIAS, 2000, p. 48). Isso significa que a legitimação da democracia se dá através de meios comunicativos advindos da vontade e da opinião que, servem de canal para decisões sobre o governo e a administração.

A deliberação se perfectibiliza da seguinte forma: diversos participantes expõem suas ideias, criticam as ideias dos demais e o Estado de Direito garante a liberdade e igualdade entre eles.

O modelo de Habermas se baseia na "razão comunicativa" (SOUZA NETO, 2006, p. 136) que se traduz na atitude realizada pelos indivíduos através de sua concepção sobre algo no mundo. Para que haja este conhecimento, é importante que cada indivíduo compreenda os demais e os tenha como iguais dentro da mesma sociedade. Por conseguinte, surgem os princípios incorporados no modelo.

O primeiro deles é denominado de princípio da universalização: "Toda norma tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos" (SOUZA NETO, 2006, p. 139).

FARIA (2000, p, 58) aponta o conteúdo a ser deliberado no processo de democracia de Habermas: “inclui tudo aquilo que é de preocupação aos cidadãos”. O modelo cooperativo surge com a finalidade de harmonizar a relação existente entre o Estado de Direito e a Democracia. Enquanto que no modelo de democracia deliberativa de Habermas preponderava a democracia, o modelo de Rawls exaltava o Estado de Direito.

Para que o modelo de cooperação seja de fato efetivo, é de extrema imprescindibilidade que haja liberdade. Sem liberdade não há que se falar em exercício da soberania popular. Neste contexto, ressalta-se a importância da liberdade como condição para o exercício da soberania popular. (SOUZA NETO, 2006, p. 162)

Da mesma forma, a igualdade também é necessária para a instauração da interação cooperativa. A igualdade pressupõe uma distribuição justa de recursos sociais.

Deste modelo, pode-se concluir que participação popular no sistema democrático deliberativo tem fundamento na liberdade, no momento em que o indivíduo exerce suas escolhas perante os demais, escolhas essas tanto de expressão como religiosa, e na igualdade, o que pressupõe que cada indivíduo terá uma carga equitativa no que tange às decisões a serem tomadas dentro do sistema deliberativo, ou seja, do resultado final, todos serão responsabilizados de igual forma.

O poder político se subordina a uma constituição obedecida por todos. Além de evitar atos arbitrários, a constituição busca também propiciar certeza, previsibilidade e capacidade de planejamento, condições necessárias para o gozo da liberdade. A constituição é suprema, o legislador não pode editar leis que sejam contrárias ao seu ordenamento. (MENDES, 2011, p. 69)

A Constituição Federal de 1988 consagrou a democracia, valorou os princípios fundamentais baseados na dignidade humana, no pluralismo político, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. SARMENTO

(2007, p. 11) afirma que do “ponto de vista simbólico, a Constituição quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país”.

Carlos Santiago Nino faz um estudo comparativo acerca das teorias de democracia de Rawls e Habermas. Buscando superar a proposta individualista de Rawls e a de Habermas que conduz a um populismo moral. (GODOY, 2011, p.64) Nino acredita na democracia deliberativa como método mais confiável para modificar os interesses das pessoas. O valor epistêmico da democracia está voltado à aceitação da decisão democrática, sendo de grande valia a opinião individual ou de grupos minoritários acerca de uma objeção. Nino demonstra que decisões tomadas sob influência de negociações ou emoções podem ser negativas, porém, podem também ser responsáveis por grandes mudanças no quadro de governo representativo (GODOY, 2011, p. 72)

Nino defende que a verdade moral é constituída pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio de qualquer indivíduo. Para Rawls, o que mais vale dentro da democracia são as regras que definem a validade dos princípios, já para Habermas, a verdade moral resulta do consenso. Nino se utiliza das duas teses, e ressalta os aspectos positivos de ambas, o que se encontra de novo na sua teoria é o denominado “construtivismo epistemológico.” A partir deste termo, Nino procura demonstrar que a partir das discussões coletivas e individuais, não se tem um consenso, tem-se o surgimento de um estado de conflito.

Para Nino, segundo leciona CHUERI (2010, p. 170) a tensão entre a democracia e o constitucionalismo decorre justamente da ideia da preocupação com as minorias e a busca e proteção de determinados valores. A democracia deve ser vislumbrada como um procedimento e experimentação da ação comunicativa e argumentativa, com a finalidade de que todas as decisões sejam moralmente corretas. Para isso, não se pode violar direitos e garantias presentes na Constituição. Aí reside a diferença entre a teoria de Nino e as de Rawls e Habermas, o que se pretende não é ignorar ou superar essa tensão, e sim aprender a conviver com ela.

Diante disso, tem-se que a tensão entre o constitucionalismo e a democracia não pode ser observada como prejudicial ao sistema jurídico-político, devendo a mesma ser utilizada de forma a valorar os direitos e expandir o rol democrático.

O NOVO PAPEL DO STF E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Segundo (BARROSO, 2015), o fenômeno da Judicialização da Política decorre como efeito da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

O princípio da separação dos poderes encontra-se previsto no artigo segundo de nossa Carta Magna, que tem como cerne confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Hodiernamente uma interpretação do princípio da separação dos poderes, compreende dois elementos: especialização funcional (cada órgão é especializado no exercício de uma função estatal) e independência orgânica (não pode haver meios de subordinação de um poder por outro).

Neste diapasão, o artigo segundo da CF/88 preceitua que os poderes também são harmônicos entre si. Sendo que interferências mútuas estabelecem um sistema de freios e contrapesos, buscando um equilíbrio para evitar o arbítrio.

Podem-se indicar vários fatores que acarretam e sedimentam a Judicialização da Política, segundo as lições de (VALLE, 2009, p.25): a separação dos poderes (funções); a ineficácia das instituições que detém o poder; o sistema democrático; o exercício dos direitos políticos, a utilização dos Tribunais pela oposição e a ingerência de grupos com interesses privados. Além de atuar nessa seara social, o Judiciário tem influído nas atividades dos órgãos legislativos, regulando-os por meio do controle de constitucionalidade.

Neste sentido, a Judicialização da Política será mensurada pela frequência em que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

Dessa forma, os estudos sobre a Judicialização da Política acabam trazendo questões que demandam uma teoria normativa do controle de constitucionalidade: quais os limites do exercício do controle judicial de constitucionalidade? Como evitar que pela própria pressão dos partidos, o Tribunal Constitucional invada a competência do Legislativo? O Tribunal Constitucional, ao exercer sua função, protege as minorias ou legitima o domínio político da maioria? (MAUES, LEITÃO, 2004)

A Judicialização no Brasil, segundo (VALLE, 2009) consiste na revisão judicial das decisões do Legislativo e do Executivo, enquanto a das relações sociais é analisada no âmbito do acesso à justiça. Consigne-se que, a Judicialização no Brasil decorreu inicialmente das consequências dos movimentos operários, que acarretaram a criação do direito do trabalho, como também o surgimento do Estado de bem-estar social; dos conflitos coletivos relacionados ao consumo, propriedade, produção, e distribuição de bens e da positivação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto o Judiciário passou a se imiscuir na vida social, com decisões que interferem em políticas públicas afetas à família ou a grupos sociais, como a educação dos filhos, a institucionalização do casamento entre homossexuais, a proibição de comportamentos preconceituosos como o racismo.

Além de atuar nessa seara social, o Judiciário tem influído nas atividades dos órgãos legislativos, regulando-os por meio do controle de constitucionalidade.

Segundo (OLIVEIRA, 2002) no Brasil, não são apenas as ações diretas de inconstitucionalidade que funcionam como ferramentas legais as quais podem conduzir à Judicialização da política. Além delas, pode-se citar a ação civil pública, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de descumprimento de preceito fundamental, a ação popular, o mandado de injunção e o mandado de segurança.

Importante referir a distinção de dois conceitos, Judicialização da política e ativismo judicial, para análise das recentes decisões do STF nos casos de maior repercussão social, como os que abordaram, exemplificativamente, a pesquisa científica com células-tronco embrionárias.

Anote-se que, para a exata compreensão do fenômeno do ativismo judicial, deve ser considerado o interesse dos Ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução ativista e criativa de problemas.

Soergue-se neste aspecto o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351-DF, p. 53:

> (...) É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vestuto dogma do legislador negativo e se alia à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais cortes constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados a inconstitucionalidade por omissão,que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Neste desiderato, pode-se pensar que o ativismo judicial e a Judicialização são expressões sinônimas, uma vez que ambas versam sobre a atuação do Poder Judiciário que extrapola, de algum modo sua competência.

A Judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são

gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A Judicialização no contexto brasileiro é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situação de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2015)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia deliberativa surge com a finalidade de conciliar a tensão existente entre o Constitucionalismo e a Democracia. Carlos Santiago Nino defende justamente o fato de que se deve aprender a conviver com esse conflito, pois é na democracia deliberativa que se encontra o mais adequado ao processo decisório.

Registre-se que a democracia deliberativa proposta por Nino exalta as discussões de grupo e dá ênfase a um processo baseado na comunicação entre os indivíduos, não desprezando a ideia de que os indivíduos envolvidos são tratados de igual forma. Além disso, os grupos em minoria são protegidos pelo sistema, que impõe limites aos grupos majoritários. Neste contexto, existindo o conflito entre o constitucionalismo e a democracia, exsurge a democracia deliberativa que exalta o conflito, como modo prevalente da tomada de decisões.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o sistema constitucional reclama por uma colaboração entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Assim,

constatada a omissão e abuso dos outros Poderes, a atuação do Judiciário é exigida pela sociedade para fazer valer o primado da Constituição e do Estado de Direito.

Nessa esteira de reflexão, pode-se admitir que as omissões do poder público acabam por conferir ao Judiciário uma legítima função de Judicialização da Política, que consistem em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica.

Finalmente, destaque-se que a Judicialização da Política e da proteção de minorias se ampliam no Brasil no contexto do processo de consolidação das instituições democráticas. Dessa forma, o arranjo constitucional em vigor permitiu e legitima uma intensa participação do Poder Judiciário nas decisões políticas do país, perfectibilizado através da Judicialização da Política.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luis Roberto. **Curso de direito constitucional.** Editora Saraiva. 5° edição. São Paulo: 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte**. Rev. direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174, São Paulo: 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100009. Acesso em: 02 fev. 2017.

CLÈVE, C. M; LORENZETTO, B.M Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. In Lua Nova, n. 50, 2000a, p. 47-68. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004. Acesso em: 02 fev. 2017.

FERREIRA. Rafael Alem Ferreira. **Jurisdição constitucional agressiva o STF e a Democracia Deliberativa de Jurger Habermas**. Editora Juruá. Curitiba: 2015.

GODOY. Miguel Gualano. **A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas**. Revista co-herencia. Medellin, Colombia: 2011p. 63-91. Disponível em http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n14/v8n14a03.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.

GONÇALVES. Nicole P. S. Mader. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa.** Editora Juruá. Curitiba: 2012.

HABERMAS, J. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MACHADO, Francisco Mata. **O Estado na democracia deliberativa: as raízes de uma antinomia**. Lua Nova: São Paulo, 95: 225-257, 2015.Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452015000200225&script=sci_abstract&tlng=PT. Acesso em: 02 fev. 2017.

MAUES, Antônio G. Moreira & LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da Judicialização da Política no Brasil. Revista de Informação Legislativa. Brasília 41, n. 63. jul/set. 2004.

MENDES. Conrado Hunber. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Elservier: Rio de Janeiro, 2008.

_____, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**, Saraiva: São Paulo, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. O Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988: existe uma judicialização da política? Dissertação de Mestrado. Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

POZZOLLO, Susanna. **Um constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

RAWLS, J. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; _____, A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Lumen Júris. Rio de Janeiro: 2007. p. 113-148.

_____, **Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete**. In FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Interpretação Constitucional: reflexões Sobre (A Nova) Hermenêutica. Salvador. Editora Juspodivm. Cap. III, p. 141-160.Editora Malheiros. São Paulo: 2010.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia Deliberativa**. Editora Renovar. Rio de Janeiro: 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá. 2009.

VIEIRA, Mónica Brito, Silva, F. C. da. **Democracia deliberativa hoje: desafios e perspectivas**. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília: 2013, p. 151-194. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n10/05.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do estado de direito**. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O estado de directo – história, teoria e crítica. Martins Fontes. São Paulo: 2006, p. 03-94.