**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULO ENDERSON OLIVEIRA TEIXEIRA

**POR LIMITES À ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO:
UMA PROPOSTA À LUZ DO MINIMALISMO JUDICIAL DE
SUNSTEIN E DOS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS**

BELO HORIZONTE

2014

PAULO ENDERSON OLIVEIRA TEIXEIRA

**POR LIMITES À ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO:
UMA PROPOSTA À LUZ DO MINIMALISMO JUDICIAL DE
SUNSTEIN E DOS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Fernando Armando Ribeiro

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

T266p

Teixeira, Paulo Enderson Oliveira

Por limites à atuação política do poder judiciário: uma proposta à luz do minimalismo judicial de Sunstein e dos acordos não totalmente teorizados / Paulo Enderson Oliveira Teixeira. Belo Horizonte, 2014.

101 f.

Orientador: Fernando Armando Ribeiro

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Democracia deliberativa. 3. Pluralismo jurídico. 4. Conflito social. 5. Sunstein, Cass R. 1954- - Crítica e interpretação. I. Ribeiro, Fernando Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.13

PAULO ENDERSON OLIVEIRA TEIXEIRA

**POR LIMITES À ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO: UMA
PROPOSTA À LUZ DO MINIMALISMO JUDICIAL DE SUNSTEIN E
DOS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Fernando Armando Ribeiro(Orientador) – Puc Minas

Alexandre Travessoni – Puc Minas

Mônica Sette Lopes- Convidado

Belo Horizonte, 05 de maio de 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Fernando Armando Ribeiro, pelo exemplo tanto acadêmico quanto pessoal, pela seriedade e integridade de caráter que me marcaram de maneira extremamente positiva. Sua influência teórico-filosófica foi fundamental para minha formação.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialmente àqueles da linha de pesquisa da Teoria do Direito, às valiosas lições que muito contribuíram para minha formação.

Aos estimados condiscípulos, André, Débora, Felipe, Juliano, Mateus, Rafael Sapucaia, Rafael Vezossi, Renata e Vitor pelas proveitosas discussões dentro e fora da Puc Minas. Todos se tornaram verdadeiros amigos.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho, em especial a minha família pelo apoio.

"Só sabemos com exatidão quando sabemos pouco; à medida que vamos adquirindo conhecimentos, instala-se a dúvida."- Johann Goethe

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo limitar a atuação política por parte do poder judiciário, para empreitada faz uso da teoria do Minimalismo Judicial de Cass Sunstein. A democracia deliberativa preza por decisões legitimadas tomadas em meio a uma esfera pública racional e ativa, afastando o judiciário da agenda política. Entretanto, os preceitos constitucionais que elencamos direitos fundamentais dos indivíduos possuem uma textura aberta. Nas democracias ocidentais contemporâneas marcadas pela pluralidade de valores os juízes encontram-se em dificuldades severas para chegar a decisões em virtude dos profundos conflitos no seio da sociedade. Diante dessa realidade, o judiciário ao se posicionar nas questões mais profundas e discutidas na sociedade corre o risco de obstruir os processos políticos democráticos. Dessa forma, é necessário limitar a atuação judicial em uma sociedade plural resguardada por um ideal democrático deliberativo como forma dos valores mais fundamentais de uma sociedade serem decididos por instancias mais democráticas do que o judiciário. Diante dessa realidade, A teoria minimalista de Sunstein se apresenta como uma proposta interessante capaz de oferecer alternativas para o problema apresentado. Isso, pois, o minimalismo através de uma postura judicial mais modesta baseado em decisões estreitas e superficiais, deixa em aberto as questões mais fundamentais sobre principio, favorecendo a deliberação pública.

Palavras-chave: Minimalismo Judicial; Democracia; Pluralismo; Cass Sunstein

ABSTRACT

This work aims to limit the political activities on the part of the judiciary , to venture makes use of the theory of Judicial Minimalism Cass Sunstein . Deliberative democracy cherishes legitimized by decisions taken in the midst of a rational and active public sphere , removing the judiciary from the political agenda . However , the constitutional precepts that we list the fundamental rights of individuals have an open texture. In contemporary Western democracies marked by the plurality of values judges are in severe difficulties to reach decisions by virtue of deep conflicts within society . Given this reality , the judiciary when positioning the deeper issues discussed in society and threatens to obstruct the democratic political processes . Thus, it is necessary to limit judicial action in a plural society guarded by a deliberative democratic ideal as a way the most fundamental values of a society are decided by democratic instances more than the judiciary . Given this reality, Minimalist theory Sunstein presents itself as an attractive proposition able to offer alternatives to the problem presented . This therefore minimalism through a more modest judicial posture based on narrow and shallow decisions , leaves open the most fundamental questions about principle , favoring public deliberation .

Keywords: Judicial Minimalism; Democracy, Pluralism, Cass Sunstein

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
PARTE I	
2 HÁ UMA CRISE NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA	12
2.1 O aumento das estruturas judicantes nas democracias	14
2.3. Origens da judicialização	19
2.4 A expansão global do poder judicial	22
2.5. Judicialização: conceito e diferenciação de termos correlatos	25
3.2 A judicialização no Brasil	29
3 O EIXO PROCEDIMENTALISTA O EIXO SUBSTANCIALISTA	34
PARTE II	
4 AS BASES DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN	49
4.1 Democracia deliberativa e atuação do poder judiciário	52
5 CONFORMISMOS, CASCATAS SOCIAIS E POLARIZAÇÃO DE GRUPOS	55
5.1 Conformismo	57
5.2 Cascatas sociais	62
5.3 Polarização de grupos	66
6 OS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS	72
7 MINIMALISMO JUDICIAL, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E LIMITES À ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO	81
7.1 O minimalismo judicial de Cass Sunstein	81
7.2 Limites da atuação judicial	90
8 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	98

Introdução

Nos últimos anos uma das questões que mais se tem discutido no campo da teoria e filosofia constitucional diz respeito à defesa, justificação, ou ao limite do papel político ativo dos tribunais na vida política dos indivíduos que compõe a sociedade.

Inúmeros fatores contribuíram para uma expansão do poder judicial, culminando em alterações da compreensão do constitucionalismo, da teoria política, teoria constitucional e da teoria do Estado tradicional.

A utilização de instrumentos jurídicos para discutir conflitos políticos da sociedade se trata de um fenômeno global, sendo possível de verificar em tradições muito diferentes como o *Common Law* e o *Civil Law*, nos quais a atuação do juiz e sua legitimidade se encontram de formas acentuadamente diferentes.

Os juízes passaram cada vez mais a serem chamados a se posicionarem e resolverem conflitos em um número de setores da vida social cada vez mais extenso.

Este é o contexto da proeminência do juiz em questões políticas e onde, também, se insere o ativismo judicial e a judicialização da política, este último exige do judiciário um maior protagonismo na solução dos conflitos, particularmente em questões de direito que no passado não eram demandadas, para implementação do judiciário.

Neste contexto poder-se-ia indagar se o judiciário não estaria perdendo sua identidade, pois cada vez mais se exige de um juiz o posicionamento em questões políticas, assim, o poder judiciário se vê obrigado a discutir questões que, em regra, deveriam ser discutidas na esfera política.

O procedimento na esfera política democrático-deliberativa é marcado pela diversidade, e busca de solução para divergências fundamentais da sociedade. Ainda, é marcado por um princípio da maioria, salvaguardando os direitos individuais e de participação no discurso, limitado por orçamentos que guiam as políticas públicas. Quando o judiciário se posiciona politicamente em tais questões sua intervenção é no mínimo atípica, e merecem limitação as decisões e de serem objetos de análise.

Ainda, caberia a pergunta: como justificar e delimitar o comportamento dos tribunais em uma sociedade democrática contemporânea, uma vez que ela é marcada pela multiplicidade de crenças, valores e opiniões na interpretação dos preceitos fundamentais?

O dissenso é resultante da democracia, se mostra como um dos problemas fundamentais, e afetam diretamente a atuação dos juízes. A democracia constitucional prima pela redução dos conflitos que marcam a sociedade de forma democraticamente legitimadas, levando em consideração os direitos fundamentais. Porém, preceitos constitucionais possuem textura aberta e necessitam serem preenchidos com valores de uma determinada sociedade.

Diante dessa realidade, na qual o judiciário é convocado a se posicionar em questões genéricas e abstratas pela constituição, surge um problema: o judiciário estaria interferindo nos processos políticos democráticos, afastando o julgamento político pelo judicial.

Como resposta, seria essencial em uma ordem democrática marcada pela heterogeneidade que os limites da atuação política do judiciário seja bem definida. Dessa forma, buscando evitar o risco de um ativismo que até mesmo é capaz de usurpar funções típicas dos legisladores, o que em uma democracia deliberativa iria deixar de fomentar o discurso público e, conseqüentemente, influenciaria de forma negativa o ideal de um autogoverno.

Diante do exposto reside o problema central desta pesquisa: seria desejável, em uma democracia deliberativa marcada pelo dissenso e pluralidade de valores, que o poder judiciário se posicione de forma proeminente ao julgar as questões mais fundamentais de uma sociedade?

A hipótese do presente trabalho, em grande parte, se baseia na teoria de Cass Sunstein sobre o minimalismo judicial, apoiado em acordos não totalmente teorizados. Para o autor, a aparente contradição entre democracia e constitucionalismo é resolvida, pois, a constituição seria meio de criar condições para o funcionamento ideal da democracia, permitindo o autogoverno mediante ideais deliberativos.

Para tanto, é necessário limitar a atuação política por parte do poder judiciário para fomentar uma esfera pública ampla e ativa, que cultiva a diversidade de valores e seja capaz de alcançar decisões democraticamente

legítimas. Ou seja, em uma democracia deliberativa o poder judiciário deve ser limitado.

O atual trabalho se torna relevante, pois existe uma expansão global do poder judicial, e há uma necessidade de discutir a repercussão e adequabilidade do mesmo em uma democracia. O minimalismo judicial, bem como os acordos não totalmente teorizados, é capaz de instigar uma gama de novos apontamentos sobre o assunto tão polemico e atual. Assim, se justifica o estudo da teoria de Cass Sunstein.

Cass Sunstein Robert é um jurista norte americano, atua particularmente nas áreas de direito constitucional, direito administrativo, direito ambiental, direito e economia comportamental, sendo autor de inúmeros livros e artigos. Trabalhou como administrador do gabinete de Informação e Assuntos Regulatórios da Casa Branca na administração Obama. Durante 27 anos, Sunstein lecionou na Universidade de *Chicago Law School*, atualmente é Professor de Direito na *Harvard Law School*. Sunstein certamente é um dos autores mais ativos e reconhecidos no meio acadêmico norte-americano. Apesar de sua extensão obra e reputação, no Brasil suas teorias são pouco conhecidas e estudadas.

O minimalismo judicial de Sunstein tem em sua base os acordos na totalmente teorizados, isto é, os tribunais deveriam primar por não decidirem as questões mais fundamentais e controversas da sociedade. Neste ponto, surge outro aspecto que influencia diretamente a necessidade da teoria minimalista; os juízes, assim como todas as pessoas, estão sujeitos a sofrer pressões no processo de conformação e de justificação de seus posicionamentos.

Diante do exposto, o objetivo principal do presente trabalho é, mediante a teoria do minimalismo judicial e dos acordos não totalmente teorizados, limitar a atuação proeminente em um âmbito político do judiciário em uma democracia deliberativa. Para que isso seja possível, irá se estudar especificamente: O aumento do poder judicial nas democracias modernas; as origens da judicialização; a diferenciação entre termos correlatos à judicialização da política; o pluralismo e as democracias deliberativas modernas; os processos de conformação social; os acordos não totalmente teorizados; o minimalismo judicial; e os limites da atuação judicial.

O estudo, baseado em um método monográfico, está dividido em duas

partes, que por sua vez se divide em capítulos. A primeira parte se concentra no estudo da atuação política do judiciário. O primeiro capítulo estuda as origens e fundamentos da atuação política do poder judiciário, estuda-se também como esta atuação se gera uma aparente contradição à concepção clássica de democracia.

No segundo capítulo procura explicitar o que possibilitou a expansão global do poder judicial, para isso o estudo remonta aos fatos que possibilitaram o poder judiciário se fortalecer e se posicionar politicamente, tal como o controle de constitucionalidade; a constitucionalização de direitos que antes não eram resguardados; e a implementação de instrumentos judicantes.

No terceiro capítulo, é apresentado as teorias procedimentalistas e substancialistas, apresentando a visão específica de cada uma em relação a atuação política do judiciário.

A segunda parte desse trabalho se concentra em apresentar a teoria minimalista de Cass Sunstein e as bases que fundam a mesma, com o intuito de oferecer limites a atuação política por parte do judiciário. O capítulo quatro se dedica a contextualizar o pensamento minimalista, para tanto estuda a democracia deliberativa, o pluralismo e o dissenso que marcam essas sociedades.

O quinto capítulo concentra na análise dos processos de conformação social, apresentam-se como as influências sociais afetam o comportamento através pressões sociais como as cascatas sociais e a polarização de grupos.

O Sexto capítulo é dedicado ao estudo e contextualização dos acordos não totalmente teorizados e buscar demonstrar como são essenciais para o conceito do minimalismo judicial.

Finalmente, sétimo e último capítulo é dedicado a análise do minimalismo judicial em si, apresentando os conceitos fundamentais para entender a proposta da teoria de Sunstein, tal como o conceito de estreiteza e superficialidade. Ainda, é apresentado como a teoria do minimalismo judicial pode ser uma proposta interessante para a limitação do posicionamento em questões políticas por parte do judiciário.

2 HÁ UMA CRISE NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

Na França, no ano de 1996, o jurista e antropólogo Antoine Garapon lança a obra *“Le gardien des promesses”*. Nessa obra o autor afirma a existência de uma crise valorativa e simbólica nas sociedades contemporâneas, diante dessa crise, a idéia de justiça- tida como o judiciário- seria um ícone resistente no universo simbólico dos homens. A idéia de um símbolo é tão cara, pois propicia a estabilidade social em um mundo que enfrenta o colapso e o enfraquecimento de referências. É neste contexto que:

O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (GARAPON, 1999, p. 27).

No contexto de tal crise, é levado ao judiciário um volume e diversidade cada vez maior de demandas, “nada mais pode escapar ao controle do juiz, as ultimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade”. (GARAPON, 1999, p. 24)

Uma vez que aluíram os baluartes políticos, simbólicos, psíquicos e normativos a justiça é elevada à condição de instância simbólica central e de última instância da moral (GARAPON, 1999, p. 141). Ricoeur reafirma tal posição: “A demanda da justiça vem do desamparo da política, o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui.” (RICOUER. In GARAPON, 1999, p. 15). Neste cenário a jurisdição:

Converte-se no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais, o único centro possível de uma sociedade policêntrica, a última instância moral no momento em que a religião desaparece no horizonte democrático, o último palco de uma sociedade sem projetos. (GARAPON, 1999, p. 173-174)

E a figura do juiz, em um grupo com falta total de vínculos, é “convocado como ministro de orientação, numa sociedade desorientada”. (GARAPON, 1999, p. 137).

Garapon acredita que o aumento da judicialização decorre da

transformação da sociedade que para lidar com o pluralismo e complexidade das sociedades democráticas recorre cada vez mais ao judiciário para evitar sua derrocada e reafirmar a proposta democrática. Assim a legitimidade da atuação do judiciário na política adviria da expectativa da sociedade sobre o próprio conceito de democracia. No contexto proposto, deixam de existir questões exclusivamente políticas. O juiz não seria um garantidor do *status quo*, e sim um agente contestador da ordem social, um guardião das promessas (GARAPON, 1999,).

O Judiciário ao ocupar um papel central é conduzido para o centro do palco das questões políticas. Isto é decorrente da deterioração dos espaços republicanos tradicionais de deliberação. Em razão das debilidades dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário entra em cena, provocando uma transformação na democracia. Nas palavras do autor:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. (GARAPON, 1999, p. 48).

Ora, em tal sociedade retratada parece que se torna mais acessível o debate público nos tribunais do que no parlamento, este que possui um déficit de representação. Resultando ainda mais em uma substituição da representação política clássica pela busca crescente por mecanismos judiciais. Assim parece que a invasão do proeminência do judiciário:

só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juizes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. (GARAPON, 1999, p. 39).

John Rawls (2000), em seu livro *O Liberalismo Político*, afirma que em uma sociedade moderna é comum a existência de um pluralismo de idéias políticas, religiosas, filosóficas e morais que são incompatíveis entre si. Apesar de incompatíveis, essas idéias são razoáveis, uma vez que concebidas pela razão prática.

Nas democracias contemporâneas o judiciário vem se tornando o ultimo reduto político-moral para se solucionar estes desacordos. O cidadão deposita no judiciário sua esperança para resolver demandas, ao invés de recorrer a seus representantes tradicionais - legislativo e executivo. É nesse contexto que se expande o papel dos atores judiciais nas praticas sociais. Pode-se citar alguns autores que compartilham da idéia apresentada como: Vianna Lopes com seu conceito de “Invasão do Direito” (2005) e Ingeborg Maus (2002) com o “Judiciário como superego da sociedade órfã”

Ora, o judiciário vem se tornando o ultimo reduto político-moral da sociedade através da transformação social da democracia que culmina em participação política cada vez mais freqüente por parte deste, alguns autores atribuem o nome de judicialização a esse fenômeno.

2.1 O aumento das estruturas judicantes nas democracias

Nos primórdios da história independente dos Estados Unidos da América já é possível falar de judicialização (TATE; VALLINDER ,1995 p. 17). A obra "O Federalista" (*Federalist Papers*), publicada em 1788, apresenta uma série de 85 artigos argumentando para a ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Nestes textos se destaca a importância da adoção do federalismo para o chamado sistema de freios e contrapesos, bem como revela a influência das idéias de Montesquieu de separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Hoje a separação das funções do Estado já não é absoluta, no entanto há muitos que criticam a judicialização e que defendem o afastamento do judiciário das questões políticas para, segundo eles, garantir a vontade da maioria, e assim, da democracia.

É possível constatar com Alexander Hamilton (HAMILTON; MADISON; JAY,1973. p. 162-172), um dos autores de “O Federalista”, um posicionamento cético diante de um governo que se baseia na regra majoritária. Bem como se pode notar, no mesmo autor, um interesse pelo papel constitucional dos tribunais, em contraposição ao interesse das maiorias ocasionais. Hamilton lança as bases para sustentação do controle pelo poder

Judiciário dos atos legislativos e administrativos que culmina, em 1803. Com a suprema corte Americana declarando pela primeira vez uma lei inconstitucional, no caso emblemático *Marbury vs. Madison*.

Ora, a revisão judicial da constitucionalidade das leis é uma característica elementar do sistema político americano, consolidada no século XIX. De sua consolidação até o século XX, se viu o tribunal aumentar ainda mais seu poder. Inicialmente tratando de questões de ordem federativa e posteriormente se dedicando à proteção das liberdades cíveis. (KOOPMANS, 2003. p. 41).

A expansão do poder judiciário na democracia americana e a influência dos juízes na vida política norte-americana foram constatadas pelo pensador político e historiador Alexis de Tocqueville (2002) já no século XIX. Demonstrando tal peculiaridade o autor conclui:

O juiz americano assemelha-se perfeitamente a magistrados das outras nações. Entretanto, revestem-se de imenso poder político. De onde isso provém? Move-se nos mesmos círculos e servem-se dos mesmos meios que os outros juízes. Por que possui poderes que os outros não têm?

A causa reside num só fato: os americanos reconheceram nos juízes o direito de fundamentar seus veredictos na Constituição mais do que nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes pareçam inconstitucionais. Sei que direito similar foi, algumas vezes, reivindicado pelos tribunais de outros países; mas nunca lhes foi concedido. Na América é reconhecido por todos os poderes; não se encontra partido nem indivíduo que o conteste. (TOCQUEVILLE, 2002. p.205-206)

Cientistas políticos dos Estados Unidos da América, na metade do século XX, estudavam os tribunais, em especial as cortes constitucionais, como politicamente ativas. Cita-se, com destaque, Robert Dahl (1957) que defendia a Suprema Corte norte-americana como uma criadora de políticas nacionais, podendo gerar uma tensão com a democracia.

O aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia é um dos problemas centrais das obras de Frank Michelman (1999, p. 01), o autor destaca:

A democracia aparece como auto-governo do povo - as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política.

O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição - law of lawmaking, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser

intocável pela política majoritária (que ela deve limitar).

Vê-se que conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa. A democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais.

Por sua vez, o constitucionalismo significa impor limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. A democracia constitucional se depara com esta delicada questão.

Um dos vários meios de se conciliar a democracia e o constitucionalismo é apresentado por Michelman, (1987 - 1988), para o autor a jurisdição constitucional como espaço de mediação típica distancia do republicanismo clássico, que se baseava em valores sociais majoritários, assim o autor defende que caberia aos juízes a inclusão dos excluídos, conferindo uma participação política ao poder judiciário para implementar os direitos dessas pessoas.

Mauro Cappelletti atribui o grande segredo do sucesso do sistema constitucional norte-americano ao controle recíproco dos poderes, através da coexistência de um Legislativo forte, com um Executivo forte e um Judiciário forte, o que tornaria possível um sistema de contrapeso e controle mútuo. Para o autor italiano, seguir o ideal clássico da estrita separação dos poderes traria como "...conseqüência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados" (CAPPELLETTI, 1993, p.53). Um sistema de *checks and balances*, com o crescimento do Judiciário é o ingrediente necessário ao equilíbrio dos três poderes.

Além disso, dissertando sobre o aumento das estruturas judiciais nas democracias, Cappelletti (1993) afirma que o gigantismo estatal, do poder legislativo, do poder administrativo e da burocracia do *Welfare Estate* fez com que as funções e a responsabilidade dos juízes aumentassem, principalmente na forma de controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

Assim, o Judiciário se depara com duas alternativas: a) permanecer fiel

à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador. (CAPPELLETTI, 1993, p.39). O judiciário então emerge como um “terceiro gigante”, assumindo funções que ultrapassam a de simples guardião e contrapeso aos outros poderes.

A teoria da tripartição dos poderes clássica foi iniciada por John Locke (2004) ao atribuir ao poder Legislativo à responsabilidade de criar a lei, ao executivo de executar a lei, e ao poder Federativo a responsabilidade de firmar ligar e alianças. Posteriormente, Montesquieu (2004) amplia essa idéia e passa a denominar os poderes como Legislativo, Executivo e Judicial, que exercem um sistema de pesos e contrapesos harmônicos entre si. Além de exercer sua função típica cada poder, para manter a harmonia, exercia de forma atípica a função dos demais, no entanto, em situações específicas e predeterminadas.

A obra “A expansão Global do poder Judicial” produzida coletivamente por C. Neil Tate e Torbjörn Vallinder (1995) se tornou um clássico e uma referência para o estudo do aumento das estruturas judicantes e sua legitimidade democrática quando da atuação na política, a este fenômeno convencionou-se chamar judicialização da política. Neste trabalho os autores identificam algumas condições que consideram que facilitavam a expansão do poder judicial em vários países, são elas:

1. Um sistema político democrático;
2. A existência de um ordenamento institucional fundado na separação de Poderes;
3. A existência de uma Carta de direitos (constituição);
4. O recurso ao Judiciário por grupos de interesse;
5. O Recurso ao Judiciário pela oposição;
6. A Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas;
7. Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais;
8. Algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais. (TATE, 1995, p. 28-33, tradução nossa).

Para Tate e Vallinder (1995) escândalos envolvendo os representantes democraticamente eleitos abalaram a confiança do povo nos seus representantes. Como resultado a população depositou suas esperanças no judiciário. E posteriormente o povo o consagrou como um paladino contra os abusos praticados nas tradicionais arenas de deliberação política.

Frente a um Executivo ineficiente para gerir sua burocracia, e um Legislativo fisiológico e demagogo (CAMPILONGO, 1994, p.20), as esperanças e anseios da população foram depositados no judiciário.

No Brasil, a década de 90 foi marcada pela relevância dada ao estudo do papel político do poder Judiciário. Observando a realidade do Brasil, Eduardo Meira Zauli elenca outros fatores que estimularam a atividade do poder judiciário em questões políticas:

1. Em primeiro lugar a promulgação de uma Constituição cujo caráter principiológico e programático, acompanhado de uma nova hermenêutica que confere normatividade aos valores e princípios constitucionais, permitiu um processo de constitucionalização do direito, no sentido da irradiação dos princípios e valores constitucionais por todo o sistema jurídico; abrindo espaço para uma releitura do direito infraconstitucional e das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo à luz da Constituição (BARROSO, 2009), interpretada "(...) em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições" (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p.58).
2. A ampliação do elenco de intérpretes da Constituição por meio da abertura do sistema de controle de constitucionalidade a um leque mais amplo de atores legitimados para propor ações de constitucionalidade;
3. As novas garantias de independência do Poder Judiciário e do Ministério Público;
4. Os novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário. Para além das condições mencionadas observa-se no Brasil também certo descompasso entre os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições majoritárias, por um lado, e os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições judiciais, por outro lado. Assim, de uma combinação de ativismo judicial e choque de valores entre aqueles dois tipos de instituição a resultante tem sido o fenômeno da judicialização da política. (ZAULI, 2010, p. 3-4).

Percebe-se que, principalmente, a crescente constitucionalização do direito fruto do constitucionalismo moderno, bem como a jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, expandiu a atuação do judiciário na política, o que se convencionou chamar de judicialização.

Enfim, vários trabalhos apontam o aumento mundial das estruturas judicantes no cotidiano das democracias, o que resulta em uma crescente utilização dos tribunais e, freqüente ingresso em questões políticas. A judicialização é considerada por alguns como uma anomalia do equilíbrio entre os poderes, uma deturpação da democracia. Assim, se faz necessário um maior estudo sobre seu conceito e sua origem.

2.3. Origens da judicialização

Configura-se uma tarefa árdua e complexa a busca pelas origens do termo judicialização da política. A maioria dos estudos sugere que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exercido pelo judiciário, influenciou diretamente o surgimento da judicialização. No entanto a judicialização não é um fenômeno recente, em sua viagem aos Estados Unidos da América em 1831, Tocqueville já constata a judicialização norte americana ao afirmar:

Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas. (TOCQUEVILLE, 2002, p. 89).

O modelo institucional americano tem grande importância para a configuração do poder judiciário que Tocqueville constatou. O presidencialismo norte americano criado pela constituição de 1787, ao possibilitar o controle de constitucionalidade conferiu ao judiciário igual importância e peso do Executivo e Legislativo. Soma-se o fato de que a tripartição dos poderes e a supremacia da lei fizeram garantir uma ascensão da importância do magistrado, sobre a teoria clássica da separação dos poderes:

Deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para a preservação da liberdade individual contra abusos do Estado. A teoria da separação dos poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo. A prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder. O exercício do poder segundo os ditames das leis distinguiria a república do governo despótico. (SADEK, 2011, p. 11).

Como Sadek demonstra, o modelo de separação de poderes de Montesquieu caracteriza o judiciário como neutro, logo, um poder que não deveria se posicionar politicamente. No entanto, o presidencialismo coloca o judiciário como poder de Estado e, assim, como participante da política. (SADEK, 2011, p. 11).

Logo, pode-se afirmar que o poder político do judiciário deriva diretamente da revisão judicial ou controle de constitucionalidade, como demonstrado na seguinte passagem:

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como judicial review ou controle de constitucionalidade das leis, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar um papel político no processo decisório normativo. (ARANTES, 2004, p.82).

Os norte-americanos criaram eficientes mecanismos institucionais para o controle de freios e contra-pesos: o senado; o aumento do poder de veto do Executivo; e o Tribunal Constitucional. Isto, pois, federalistas como Madison e Hamilton já alertavam para o quão necessário seria controlar o poder das maiorias. Um exemplo cabal é o caso Rhode Island, no qual algumas Assembléias populares estaduais americanas após 1776, ao se depararem com uma crise econômica, foram pressionadas pelo povo e legislaram em prol dos inúmeros endividados, e contra a cobrança judicial dos devedores (CARVALHO, 2007, p. 164-165).

Diante desse quadro, os federalistas aperfeiçoaram os instrumentos de controle mútuo dos poderes, visando à centralização por meio de uma federação. E assim:

reverter o quadro que se havia instaurado. Nesse sentido, foram criados mecanismos que tinham por finalidade conter as ações “mal pensadas” do lobby dos devedores. A argumentação erigida nessa direção sustentava-se em dois supostos básicos:

- 1) a convicção de que na política existem alguns poucos princípios verdadeiros e que estes não são percebidos pelo povo comum, e,
- 2) a convicção de que as maiorias podem, em determinado momento, agir irracionalmente (CARVALHO, 2007, p.165).

A intenção dos federalistas era que as instituições de veto firmadas no congresso de Filadélfia (Tribunal Constitucional, veto presidencial e o Senado), “atuassem como barreiras de contenção ao ímpeto do faccionismo e uma

possível ditadura da maioria” (CARVALHO, 2007, p.165).

No entanto, a atuação política da estrutura judicante nas democracias presidencialista deve ser encarada como uma potência, como explicado na seguinte passagem:

Trata-se, reafirmamos, de uma potencialidade. Tanto assim que, nos Estados Unidos, a força política do Judiciário não se revelou imediatamente após a promulgação do texto constitucional (1787). A transformação do virtual em real resultou de um processo de fortalecimento da instituição judicial, de uma conquista que foi sendo consolidada no jogo político. (SADEK, 2011, p. 13).

Do texto constitucional de 1787 não decorreu a judicialização da política. O controle jurisdicional norte-americano não foi previsto constitucionalmente. Ele não partiu do poder representativo como nos demais países que possuem o instituto do controle jurisdicional. A Constituição norte-americana elencava o princípio da separação dos poderes clássica, porém, a instituição do controle jurisdicional foi um feito da própria Suprema Corte norte-americana, ou seja, não foi prevista pelos constituintes de Filadélfia. Sendo que a possibilidade da revisão judicial foi estabelecida no caso *Marbury versus Madison* pelo Chief Justice John Marshall em 1803. (CARVALHO, 2007, p. 165). Desde então a “participação de juízes na vida política, uma possibilidade, converteu-se, cada vez mais, em fenômeno concreto” (SADEK, 2011, p. 13).

Assim, a participação do judiciário nas questões políticas é significativa na história americana. Sadek (2011.p.15) defende que o fenômeno do protagonismo judicial na vida política não foi restrito aos sistemas presidencialistas, nos países parlamentaristas, típico da França e demais países da Europa, também existiu mecanismos de controle constitucional, ainda que com menor vitalidade do que nos presidencialistas. Como se pode ver:

A rigor, pode-se dizer que, a partir do século XX, a polêmica a respeito dos limites da atuação judicial e da necessidade de se velar pela Constituição universalizou-se, estendendo-se para as democracias européias.

O embate entre Kelsen e Smith [*rectius*, SCHMITT, Carl Schmitt] é paradigmático. O desenlace a favor da criação de Cortes Constitucionais, como preconizava Kelsen, reafirma a pluralidade de soluções visando a proteger a democracia de ameaças, como a do nazismo.

Esses Tribunais Constitucionais, especialmente depois da 2ª Guerra, foram instituídos em praticamente todos os países.²⁸ Trata-se [*sic*], contudo, de instituições independentes do Judiciário e com claro

acento político partidário. (SADEK, 2011, p. 14).

Enfim, a construção institucional do judiciário moderno pode ser estudada a partir da tradição americana ou francesa. Na tradição francesa houve um fortalecimento do poder Legislativo e em enfraquecimento do Executivo, uma forma de combater a monarquia absolutista e destacar a soberania popular. A experiência americana demonstrou que a soberania popular poderia levar a uma tirania da maioria. A possibilidade de governos populares legislarem de uma forma intensa, e até mesmo temerosa, elevou o judiciário à condição de poder político, uma forma de garantir direitos individuais. Essas diferenças institucionais entre os americanos e os Franceses certamente impressionou tanto Alexis de Tocqueville. O judiciário ao decidir sobre o controle de constitucionalidade se constituiria como um contrapeso a democracia, pois teria o poder de controlar a vontade majoritária.

2.4 A EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIAL

A queda do comunismo totalitário no leste Europeu e o fim da união soviética estariam diretamente ligados para a expansão das atividades do poder judiciário na concepção de Tate e Vallinder (1995). Isto, pois permitiu aos Estados Unidos se tornar a grande potência mundial uma vez que o socialismo tinha chegado ao fim. Como resultado, a América, berço da judicialização da política, propiciou uma democratização na África, Ásia e América Latina, e, conseqüentemente, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade e outros mecanismos institucionais frutos de um judiciário forte. Soma-se ao fato de que ao fim da segunda guerra mundial a Europa buscou a criação de Tribunais Constitucionais, uma forma democrática de garantir a proteção dos direitos individuais, limitando judicialmente os atos do Executivo.

Tate e Vallinder (1995, p. 23-24) citam também a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, como importante para o fenômeno de judicialização. Pois, o poder Legislativo se viu obrigado a alterar a constituição de seu país. A figura do juiz passou a atuar como legislador implícito, um agente político que visa implementar a garantia de direitos.

Pode-se estudar o fenômeno da proeminência judicial nas questões

políticas através do contexto sociopolítico. Souza Santos (1996) apresenta três momentos distintos: O estado liberal; o Estado-Providencia; e a crise do mesmo. O primeiro se configura até o período das guerras mundiais e se caracteriza pela forte tendência a usar a teoria da separação dos poderes para que o poder legislativo tivesse maior controle sobre as questões políticas, ao passo que o poder judicial se sentiria tímido em relação à atuação na política - deve-se excetuar a experiência americana como já estudado. A separação dos poderes clássica prima pelo respeito do princípio da legalidade em prol da segurança jurídica, no qual o judiciário não poderia decidir *contra legem* e o juiz seria a boca da lei, uma aplicação automática da lei, os podendo se posicionar se fosse solicitado. Os juízes, portanto, tinham pouco poder político.

Após a segunda guerra mundial a atuação do poder judicial se modificou. O poder Executivo, tão forte nos Estados totalitários até a guerra, sofre um forte abalo, o Legislativo se volta a judicializar a realidade social e econômica. Surge assim o Estado-providência., a neutralidade do Judiciário até então, dá lugar a juízes proativos que buscavam concretizar o interesse de grupos. “Um dos impactos da legislação “welfareana” sobre a ordem jurídica foi a de fazê-la incorporar a vagueza e a imprecisão das normas de sentido promocional prospectivo, afetando a neutralidade do judiciário e ampliando a criatividade do juiz no ato da interpretação” (VIANNA,1996) . O positivismo jurídico perde espaço e tendências “jusnaturalistas”, com um ideal de justiça vinculado ao constitucionalismo, que se tornam freqüentes neste período. Os juízes se vêem como mais discricionarieidade e criatividade assim irremediavelmente atuante na política, devendo se posicionar sobre o sentido da norma invocando o justo à lei. (VIANNA,1999, p.21). No constitucionalismo moderno há a invasão da política pelo direito por meio da revisão judicial.

Dos anos 80 até a contemporaneidade o Estado-providencia se encontra em crise. O Estado se encontra com dificuldade para sustentar as despesas financeiras do bem estar social. Há, ainda, a ineficiência e desperdício de um Estado cada vez mais burocratizado e de uma sociedade incerta pela desestabilidade do mercado neoliberal (SANTOS, 1996). Nesse sentido:

“As formas neoliberais afrouxam, quando não retiram de cena, as escoras que asseguravam direitos a amplos setores sociais, ao mesmo tempo em que provocam, inclusive pela reestruturação do sistema

produtivo, o retraimento da vida sindical e da vida associativa em geral. Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva. Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon” (VIANNA,2007, p.40)

Desde então, se instaura mundialmente um crescente número de litígios, o acesso a justiça se torna política pública. Os representantes políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao welfare, juntamente com o fato deles políticos não representarem os representados nas democracias contemporâneas. Assim a via Legislativa se coloca como um meio de representação funcional. “Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhandose da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. (VIANNA,2007, p.41). Em síntese do Estado-previdencia e destacando a função do juiz neste Estado, têm-se que:

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou”. (VIANNA,2007, p.41).

São múltiplos os fatores que ensejaram a expansão do judiciário na atividade política frente ao Executivo e Legislativo. Foi citada a mudança de paradigma pós-guerra, bem como a instauração do Estado de bem estar social e a busca de garantia de novos direitos; a criação de Tribunais constitucionais; e a declaração universal dos direitos Humanos.

Ante tudo exposto, percebe-se a passagem de um judiciário neutro politicamente para um judiciário proeminente politicamente, tanto no *common Law* quanto no *civil Law*. Ao perceber que o judiciário ganha uma figuração de

justiça quando o povo deposita nele esperanças de efetivação de direitos em prol do legislativo e Executivo, Vianna (1996) atribui o nome de “positivação dos direitos naturais”- para os países do *civil law*. O juiz passa, cada vez mais, a ter a responsabilidade de julgar o caso concreto mediante princípios e valores constitucionais. O fenômeno de expansão judiciário sobre os demais poderes e sua participação na política faz surgir as expressões ativismo judicial e judicialização.

2.5 judicialização: conceito e diferenciação de termos correlatos

Para melhor estudar o fenômeno de judicialização é inevitável definir um conceito. Existe uma pluralidade no uso da expressão judicialização, portanto na literatura jurídica trata-se de uma palavra polissêmica. Faz-se necessário para melhor compreensão do tema delimitar e definir o termo em questão de judicialização da política e suas expressões correlatas. Nesse sentido Maciel e Koerner (2002, p.114), citando Tate e Vallinder, conclui:

Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

Por sua vez a politização da justiça “... destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. (Maciel e Koerner, 2002, p.114). Assim, a judicialização da política esta liga ao *policy-making* por parte do judiciário em desfavor dos agentes políticos tradicionais, não costuma carregar em si um juízo valorativo. Segundo Zauli (2010, p. 8):

Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes

judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão judicialização da política para referir-se à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas.

A judicialização da política (CASTRO 1997, p. 148):

ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político.

Os estudos de Maciel e Koerner (2002, p.115) alertam para a pluralidade de sentidos. Alguns tomam o termo judicialização da política de outra forma. É o caso de Werneck Vianna (1999) que tomou o termo para descrever as transformações constitucionais pós-88 no Brasil, que possibilitou o maior protagonismo dos tribunais decorrente da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido “descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.”

Diante da multiplicidade de sentido, podemos dizer que o sentido clássico seria a concepção de Tate e Vallinder, que foi apresentada logo acima. Porém, Ernani Carvalho adverte dizendo que essa abordagem não esgota o assunto:

A literatura que se ocupa dessa questão tomou por empréstimo a definição dada por Tate e Vallinder: judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes. [...] A idéia é demonstrar que a abordagem utilizada por esses autores não esgota o assunto – ao contrário, apenas inicia o debate”. (CARVALHO, 2004,p.116)

Nesse sentido, Ernani de Carvalho (2004) considera, tomando como base a obra de Tate e Vallinder, a existência de duas formas de judicialização:

1) "from without", que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) "from within": é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. A forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a from without, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade.(2004,p. 116)

Este trabalho se dedica ao fenômeno da judicialização da perspectiva do *from*

without.

Na busca por esgotar o tema, Ernani Carvalho e Marjorie Marona (2010, p.12) elencam nove definições para a judicialização da política:

- 1- Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais
- 2- Crescente utilização do judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política.
- 3- Interferência do poder judiciário em questões eminentemente políticas
- 4- Expansão do poder judiciário.
- 5- Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário.
- 6- Adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial.
- 7- Capacidade de o poder Judiciário intervir em políticas públicas.
- 8- Crescente intervenção do poder Judiciário nos Processos decisórios das democracias contemporâneas.
- 9- O judiciário como veículo para exercício da cidadania.

Uma vez elencadas os possíveis sentidos os autores os dividem em duas categorias passíveis de se analisar o fenômeno da judicialização da política. Pode-se: Tratar o fenômeno através de uma perspectiva cultural, ligado as transformações entre a sociedade e o Estado; e pode-se analisar o fenômeno através de um modelo institucional, observando a modificação das relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. (CARVALHO E MARONA, 2010, P.14).

Vianna vai ainda mais longe, para o autor a judicialização não se limita apenas à esfera política, "... ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado" (VIANNA et al., 1999, p. 149). Reforçando tal idéia Garapon (1996, p. 150):

A história do direito de família ilustra a lenta penetração da justiça para controlar as relações familiares e a aceleração desta evolução muito sensível nestes últimos anos. As relações entre pais e filhos 'judicializaram-se' progressivamente compreendendo-se em cada dia mais em termos jurídicos do que natural.

Pode-se citar o direito de grupos minoritários em busca de seu reconhecimento, a forma como os pais devem tratar seus filhos, a necessária consciência ecológica dos indivíduos, e a bioética são bons exemplos dessa

judicialização social. Assim a judicialização das relações sociais seria "invasão do Direito sobre o social" (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2006, p. 3).

Neste trabalho ao abordar o termo judicialização da política, emprega-se o entendimento que questões de ordem política:

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. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2008 p. 16)

O termo judicialização pode ser analisado também sobre o ponto de vista do ativismo judicial. Embora possa parecer que possuem um sentido próximo, judicialização da política e ativismo judicial não são sinônimos. Barroso é quem melhor diferencia essa questão. Para o autor:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte (BARROSO, 2008 p. 17)

Por sua vez Barroso define ativismo judicial como:

uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2008 p. 17)

Assim, para definição de ativismo ou judicialização se faz mister a postura do interprete da constituição. O fenômeno do Ativismo esta ligado a uma participação ampla na concretização de valores e fins garantidos pela constituição, interferindo diretamente no espaço de atuação Legislativo e executivo. Pode-se caracterizar a postura ativista por: uma aplicação da constituição pelo poder judiciário a questões não expressas em seu texto

independente de manifestação do legislativo; o judiciário declarar inconstitucionais atos normativos através de critérios menos rígidos do que a clara e ostensiva violação a constituição; e o judiciário se abster ou impor condutas ao poder público quando se trata de políticas públicas. (BARROSO, 2008 p. 6). O oposto a idéia de um judiciário ativista seria a postura de auto contenção:

“Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.” (BARROSO, 2008 p. 7)

A finalidade de toda essa problematização foi demonstrar que o termo judicialização tem tantas acepções e variáveis que, por vezes, sua utilização seguida de outro termo pode ocultar significados e sentidos que só poderão ser identificados mediante uma interpretação textual. O que não resta dúvida é a existência do fenômeno da judicialização.

2.6 A Judicialização no Brasil

A figura do magistrado tem adquirido cada vez mais importância nos debates políticos e sociais. A redemocratização do Brasil, a partir da constituição de 98, permitiu os tribunais ampliarem os instrumentos de proteção judicial e aos poucos as minorias parlamentares e associações descobriram e se utilizaram deste instrumento. (VIANNA, 1999, p. 17).

A redemocratização garantiu o advento de uma nova constituição que expandiu o poder judiciário, deixando de ser técnico-especializado e se transformou num agente político; possibilitou uma geração de novos ministros que não devia seu título ao regime militar; o ambiente democrático reavivou a cidadania e concreção de direitos. (BARROSO, 2008, p. 03).

Pode-se dizer que outra causa para a judicialização no Brasil se deve as inúmeras matérias que antes ficavam a cargo do processo político majoritário passaram a ser elencadas no texto constitucional de 88, assim, ao constitucionalizar uma matéria transforma política em direito. (BARROSO, 2008, p. 03). Ademais, o controle de constitucionalidade brasileiro – um

sistema híbrido, assim como o amplo direito de propositura de ações direta de inconstitucionalidade de inúmeros órgãos e associações.

Nesse sentido, Carvalho e Marona (2012, p.12) elencam quatro causas para a judicialização da política no Brasil: a constituição brasileira ao ampliar a noção de direitos fundamentais impôs um dever de ação do Estado para a efetivação de direitos que dependem de um processo hermenêutico pelos tribunais; um estímulo por via da legislação dos canais de representação funcional; institucionalização das ações coletivas; e submissão do poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.

Rabay Guerra (2008, p.2-3) retrata a atuação política do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Por esses dias, temas instigantes povoam as sessões do STF. O papel político e a conseqüente necessidade de legitimação democrática discursiva do Judiciário ficaram patentes no julgamento de questões complexas, tais como a fidelidade partidária e a autorização de experiências científicas com células tronco-embriônicas. Tivemos, também, a imposição do uso das algemas, o caso da greve dos servidores públicos e o fim do nepotismo nas três funções do Estado. Em seguida, teremos, ainda, julgamentos marcantes, tais como a possibilidade de descriminalização de aborto de fetos anencefálicos, a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, a constitucionalidade do casamento homossexual e, por fim, a questão das ações afirmativas e das cotas nas universidades públicas.

Ora, fica claro que existe uma mudança institucional que é responsável pela judicialização da política no Brasil, a mudança concebeu novas regras institucionais, permitindo a um posicionamento político em uma ampla gama de questões.

O controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado, se torna um meio de judicialização da política, como já foi dito. Isso, pois a decisão sobre as matérias polêmicas tratadas por via de controle de constitucionalidade emanam do poder judiciário e não do poder Legislativo. Essa decisão pode repercutir diretamente sobre políticas públicas, valores sociais e preferências majoritárias.

Há ainda outros instrumentos que possibilitam o crescimento da judicialização da política, é o caso do controle de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Cita-se o caso da delimitação do direito da greve dos servidores públicos, 2007, no qual o poder judiciário agiu de forma

positiva, determinando que enquanto não houvesse lei específica a lei existente para a greve no setor privado deveria ser usado no que couber. Ora, o controle de constitucionalidade através de uma variedade de recursos institucionais, bem como por um aumento dos atores que podem exercer esses recursos, favoreceram a judicialização da política.

A constituição de 88 atribuiu ao judiciário a possibilidade de ser o mediador entre o poder Legislativo e Executivo. (SADEK,2001, p.15). Verifica-se no contexto brasileiro que conflitos que são perdidos na arena política são levados pela minoria ao judiciário com a esperança de se obter socorro. Um exemplo disso é o caso dos royalties do petróleo, de 2013, após a derrubada de um veto da presidente Dilma Rousseff à nova lei de distribuição dos royalties do petróleo os Estado produtores, Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, vão recorrer ao STF questionando a legitimidade da sessão que derrubou o veto presidencial, alegando ser inconstitucional. Nesse sentido, pode-se verificar, também, uma judicialização da política na atuação da Justiça eleitoral:

“Em agosto de 2001, o PDT (Partido Democrático Trabalhista) fez uma consulta ao TSE [...] queriam saber se era possível coligar-se nos estados com partidos que estivessem disputando as eleições presidenciais como adversários.

Depois de alguns meses de debate entre os sete ministros, cinco responderam negativamente e dois positivamente à consulta, obrigando os partidos políticos a formarem alianças estaduais simétricas em relação às alianças nacionais.[...]

Dessa corte não se pode dizer que não havia uma visão clara do padrão de coligações vigente e do impacto que a decisão da verticalização produziria sobre o jogo político-partidário.[...]

Na interpretação de Jobim, isso significou que as alianças feitas em âmbito nacional deveriam condicionar as alianças estaduais.[...]

O risco era que o tribunal avançasse sobre terrenos em que não seria prudente avançar. Essa decisão não seria, assim, uma mera interpretação do texto legal, muito menos uma iniciativa para garantir o bom cumprimento das obrigações legais. Seria, de fato, uma produção legislativa da justiça eleitoral, fruto de uma, na definição do próprio ministro, "interpretação voluntarista da lei em que a vontade dos juízes substitui a opção do legislador" (MARQUETTI e CORTEZ, 2009 p.431-434).

A mediação política entre Executivo e Legislativo por parte do judiciário deveria ser feita mediante uma neutralidade de valores e posição política como pretende a constituição. Entretanto duvida-se que tal posicionamento seja adotado. Muitas vezes o que se vê é o judiciário usando argumentos jurídicos para despistar os verdadeiros fundamentos, muitas vezes o posicionamento político.

Outra causa para a judicialização da política no Brasil seria a constitucionalização dos direitos fundamentais e sociais advinda da constituição de 88. Para Barroso (2008, p.10) o objetivo de tal constituição seria proteger os valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria, sendo seu interprete o Supremo Tribunal Federal que teria o papel de guardar as regras democráticas bem como os direitos fundamentais, funcionando assim como fórum de princípios e razão pública e não de políticas.

Neste mesmo sentido Carvalho e Marona (2010, p.17) atribuem à constituição de 88 a responsabilidade de “deslocar a cultura jurídica marcada pelo positivismo de caráter positivista”, resultando em uma ampliação da concepção dos direitos fundamentais, afirmações de princípios, que através de interpretes judiciais constituiriam programas de ação do governo.

Ora fica claro o papel proeminente do judiciário através da defesa da constituição e de direitos fundamentais acima de interesses políticos, atuando como agente de equilíbrio entre os poderes, de importante guardião contramajoritário:

“A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia” (BARROSO, 2008, p.15).

Ao estabelecer uma grande diversidade de direitos fundamentais e sociais, a constituição favorece institucionalmente o poder Judiciário, quando provocado, a atuar positivamente na implementação de direitos. Porém:

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir

resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Em suma, a gama de direitos fundamentais elencado na constituição de 88 pode ser colocado como uma causa do aumento da judicialização, pois o Judiciário que é o guardião da Constituição deve garantir os direitos fundamentais e os valores e procedimentos democráticos que nela se encontram, inclusive em face dos outros Poderes.

Finalmente, além de uma grande quantidade de direitos garantidos na constituição de 88, verifica-se que houve uma grande preocupação com uma ampla garantia de acesso ao judiciário, resultante das próprias normas constitucionais.

O artigo 5º da constituição de 1988 garante em seu inciso XXXV que “ a Lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Ora, essa regra permite o ingresso em juízo de temas políticos, coisa que não seria possível na constituição de 1937, uma vez que em seu artigo 94 diz: “ é vetado ao poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Houve uma preocupação muito grande da constituição de 88 em ampliar o rol de legitimados para o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade (art. 103), bem como os instrumentos institucionais (controle de constitucionalidade por omissão; mandado de injunção; e ação de descumprimento de preceito fundamental).

3 O EIXO PROCEDIMENTALISTA O EIXO SUBSTANCIALISTA

A compreensão de um Estado democrático de Direito não pode estar desarticulada da noção de efetivação de direitos fundamentais, com o advento da constituição de 1988 e o rol de direitos fundamentais e sociais garantido em seu texto, o poder judiciário se depara com princípios ganhando uma forma privilegiada no texto constitucional, uma vez reconhecido seu caráter normativo, começam a ser interpretados como instrumentos de ação estatal, conferindo, deste modo, conteúdo material às Constituições. (STRECK, 2004, p. 148).

Cria-se assim uma linha tênue sobre a relação entre Direito e Política, sobre qual deveria ser a postura adotada pelo judiciário, e outros termos a judicialização seria concebível?

Werneck Vianna (1999, p. 23) ao abordar o tema apresenta dois eixos que se diferenciam por apresentarem argumentos favoráveis e desfavoráveis a interferência crescente do direito na política. A saber, o eixo substancialista e eixo procedimentalista.

Para o eixo substancialista, favoráveis à judicialização, o Poder Judiciário deveria comportar-se como o salvaguarda dos princípios e valores fundamentais da sociedade, defendendo a presença do Judiciário como ferramenta para garantir que grupos minoritários, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, depositem suas expectativas de direitos em um processo judicial (STRECK, 2004, p. 161).

Esse eixo, segundo Vianna (1999) defendido por Cappelletti, Dworkin (VIANNA, 1999) e Streck, preocupa-se mais com o conteúdo substancial das decisões do que com o procedimento de formação da vontade majoritária. Os defensores dessa linha entendem que o Poder Judiciário não deve assumir uma condição passiva diante da sociedade, devendo garantir a efetividade da constituição e a concreção dos direitos fundamentais, resumindo a idéia:

“Nesse eixo, aquilo que pode ser entendido à semelhança da vontade geral rousseauiana, uma vez bloqueado pelas circunstâncias próprias à sociabilidade e à vida política contemporânea, acaba encontrando expressão, pragmaticamente, em personagens e instituições, cuja história particular se apresentaria como o resultado de conquistas de idéia do justo positivadas no direito e enraizadas na cultura política.” (VIANNA, 1999, p. 38)

Tribe critica o procedimentalismo, pois para ele qualquer idéia de participação política pressupõe um fundamento substancial:

“a legislação que discrimina qualquer categoria de pessoas deve ser rechaçada com base em uma idéia sobre o que significa ser pessoa, e a própria idéia de segregação dos negros ou das mulheres somente pode ser rechaçada encontrando uma base constitucional para afirmar que, em nossa sociedade, tais idéias estão substantivamente fora do lugar.” (apud STRECK, 2004, p. 162).

Para Tribe, o procedimento deve ser completo com uma teoria dos direitos e valores substantivos.

A expansão do Judiciário sobre o Legislativo no eixo substancialista, pode ser em grande parte explicada pelo progresso da função interpretativo-criadora do magistrado. O ato de o juiz criar o direito é visto como complexo e envolve direito; política; moral; um ideal de justiça. O juiz perde o modelo clássico-positivista de julgamento e passa a exercer uma presença ativa no que tange à produção do Direito:

“a positivação do ideal de justiça nas Constituições modernas estariam configurando um território cognitivo e valorativo em que se reporia a perspectiva de uma transformação progressiva das sociedades e de suas instituições, desde que o Judiciário, um de seus principais portadores, se comporte como guardião de princípios e valores fundamentais”. Vianna e outros (1999, p. 32).

Assim, o eixo substancialista não considera prejudicial à democracia a invasão do judiciário na esfera política. Pelo contrario, existe uma necessidade do Poder Judiciário em buscar politicamente incluir minorias pouco integradas à democracia.

Mauro Cappelletti (1999, p. 21) ao defender a posição substancialista, acredita que sempre há um certo grau de criatividade no momento da aplicação da lei. Dessa forma a atividade de interpretar traz consigo certo grau de discricionariedade, logo, um espaço para a criatividade do juiz. No entanto não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade:

Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, emborainevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24).

A atividade criadora do juiz, para Cappelletti (1999), encontra dois limites: um limite processual e outro limite substancial. Os limites processuais seriam ao limites processuais do ordenamento brasileiro, a exigência de um

juiz imparcial que respeite o contraditório e a ampla defesa, observando o princípio da inércia do juiz.

Por sua vez os limites substanciais por terem uma natureza axiológica variam de acordo com as sociedades e com as épocas. Tal qual o intérprete não pode criar livremente o significado do objeto que se interpretação juiz fundamentar suas decisões apenas em critérios de equidade, justiça ou valoração é vedado. (CAPPELLETTI 1999, p.25).

Portanto, do ponto de vista dos limites substanciais a diferença entre o juiz e o legislador, para Cappelletti, reside no fato de que a criatividade do legislador é quantitativamente diversa do juiz e não qualitativamente. Sendo que os limites do legislador são menos freqüentes do que os do juiz. (CAPPELLETTI 1999, p.27). Decore desse fato que para o juiz não existe uma norma objetiva e clara, é preciso que ele se aventure no processo interpretativo, e conseqüentemente de criação.

O crescimento do Poder Judiciário está ligado ao crescimento dos outros dois poderes republicanos, principalmente durante, e após, o Estado de Bem-Estar Social, como já visto anteriormente, o Poder Legislativo e o Poder executivo se tornaram gigantes. O legislativo sendo procurado cada vez mais a intervir em um número cada vez maior de esferas, o Executivo se tornando um maquina colossal para sustentar a burocracia da administração. Surge então:

um terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. Os Juízes tornaram-se os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”, nada obstante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento. (CAPPELLETTI, 1999, p. 49; 55; 61.)

Diante dessa realidade, o judiciário se impõe como o “guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã” (CAPPELLETTI, 1999, p. 49). O crescimento do Poder Judiciário pode ser atribuído também ao descrédito dos outros poderes:

Acrescenta-se, aqui, a constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências. (CAPPELLETTI, 1999, p. 44)

A teoria de Dworkin (2003) pode ser dita substancial por conceber a função judicial e a jurisprudência por ela produzida como mecanismo de

efetivação da comunidade política. Para o autor, o direito seria mais que um conjunto de regras, seria, também, um conjunto de princípios. A interpretação das regras constitucionais depende de uma leitura de certos valores morais consagrados que devem ser reconhecidos e respeitados pela legislação infraconstitucional e pelas decisões jurisdicionais. Os interpretes e aplicadores do direito devem assumir uma postura ativa e construtiva afirmando os valores substantivos da moralidade pública. Desse modo, através de uma interpretação construtivista, o direito constituiria a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas sendo “ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis” (DWORKIN, 2003, p. XI).

Dworkin, assim como Cappelletti, critica o sistema representativo, pois o sistema representativo teria um déficit de incluir minorias no processo democrático. Os autores depositam suas esperanças no judiciário para resguardar as minorias. A democracia representativa não exprime a vontade popular através da maioria, o que se verifica é o freqüente interesse de grupos conflitantes, que pouco se preocupam com a vontade popular:

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido. Disso não decorre que os juízes, à margem da censura da maioria, sejam as pessoas ideais para decidir sobre esses direitos. Os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos. A priori, porém, não há motivo para considerá-los teóricos políticos menos competentes do que os legisladores estaduais ou os procuradores gerais. (DWORKIN, 2003, p. 448-449)

Ora, a judicialização seria favorável para os substancialistas por que os tribunais contribuiriam para resguardar o interesse de grupos minoritários e marginalizados do sistema político, garantindo a legitimidade democrática da interferência do judiciário:

O Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a “grupos marginais”, destituídos de meios para acessar “os poderes políticos” uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas de direito no *judicial process*. (Vianna, 1999, p. 34):

Dworkin acredita que o juiz tem um papel central na interpretação do direito. O juiz deve aplicar a lei sem se submeter, necessariamente, à vontade do legislador no momento de criação da norma:

[...]não leva em conta o importante princípio, fortemente enraizado em nossa prática jurídica, de que as leis devem ser interpretadas não de acordo com o que os juízes acreditam que iria torná-las melhores mas de acordo com o que pretendiam os legisladores que realmente as adotaram (DWORKIN, 2003, p. 378).

Dworkin para tentar expor sua posição sobre a interpretação jurídica constrói um tipo ideal de juiz: o "juiz Hércules". Esse juiz seria dotado de uma "capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade." (DWORKIN, 2003, p. 287). Aceitar o direito como integridade exige que o juiz "aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns" (DWORKIN, 2003, p. 201). A integridade seria uma questão de princípio, no direito como integridade:

As proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2003, p. 272).

O juiz Hércules cria um esquema de princípios abstratos e concretos que possam fornecer uma justificação coerente com base em um conjunto de regras, práticas e princípios constitucionais a fim de criar uma teoria política da Constituição como um todo, "o veredicto do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique." (DWORKIN, 2003, p.286).

Assim, Hércules surgiria como o protetor contramajoritário, defendendo as minorias políticas frente às tiranias e injustiças praticadas pelas maiorias. Tal postura, entretanto, não faz surgir um juiz ativista (DWORKIN, 2003, pp. 474-475) e uma "juristocracia". Ao exercer sua função o juiz estaria vinculado a uma interpretação constitucional que revele seu verdadeiro significado:

Hércules não é, pois, um personagem dedicado a impor um padrão abstrato, extraído da razão, ao mundo real – seu é o território concreto da sua democracia, da sua Constituição e da sua cultura política (VIANNA et al., 1999, p. 36).

Os Juízes ao adotarem uma leitura moral da constituição estariam concretizando valores políticos e morais eleitos pelo povo, existiria uma moralidade interna à constituição

Para o eixo substancialista o posicionamento do Judiciário como um terceiro gigante capaz de exercer um forte e imprescindível contrapeso aos demais poderes eleitos assegura a autonomia e a emancipação da sociedade através da criatividade jurisdicional como forma de proteção dos direitos fundamentais e sociais elencados na Constituição.

O eixo procedimentalista (Habermas-Garapon) é contrario à invasão da política pelo direito. Quem defende essa posição acredita que a Corte constitucional deve limitar-se a uma compreensão procedimental da constituição, deve entender a si mesmo como protetora de um processo legislativo democrático. Logo, os tribunais não são guardiões de uma ordem axiológica substancial.

Vianna (1999) entende que os procedimentalistas buscam uma a igualdade acompanhada de uma cidadania ativa, cujo exercício implica o aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos. Caberia ao direito zelar por esses procedimentos, dessa forma, possibilitar a igualdade na formação da vontade majoritária. Dessa forma são contrários a judicialização:

Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, “ao gozo passivo de direitos”, “à privatização da cidadania”, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, “à clericalização da burocracia”, “a uma justiça de salvação”, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial. (VIANNA, 1999, p. 23-24)

Os procedimentalistas são contrários a crescente proeminência do direito na vida política. Após anos da colocação da agenda da igualdade sob a base do *welfare state*, e uma crescente e potente interferência estatal sob a vida social, o Estado social deixou letárgico o sentimento de cidadania e das instituições políticas e estimulou a dependência da sociedade em relação ao Estado provedor. “A igualdade, ao reclamar mais Estado em nome de uma Justiça distributiva, não somente enredara a sociedade civil na malha burocrática, como favorecera a privatização da cidadania” (VIANNA, 1999, p. 24).

O resultado, para os procedimentalistas, é que nas sociedades atuais

o Poder Judiciário tomou maior espaço e os juízes se tornaram a esperança de resgate de uma democracia enfraquecida. O processo de judicialização deveria ser desestimulado em prol de uma cidadania ativa. Caso contrário, quando o judiciário se transforma em referência para a ação jurídica, não é apenas seu modo de atuar que se modifica. Modifica-se, também, a compreensão própria da democracia, desvinculada do âmbito político e aclamada por critérios de justiciabilidade:

“Assim, o critério de justiciabilidade substitui-se, de forma insidiosa, ao critério da positividade da lei. O direito define-se não tanto pela imposição legítima da lei, mas antes pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro.” (GARAPON, 1999, p.46).

No entanto, sobrepor a idéia de democracia pela idéia de justiça pode ser perigoso. “A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático” (VIANNA, 1999, p. 25), o ideal de justiça expõe o quão esfacelada estão às instituições políticas tradicionais na sociedade moderna, além de fortalecer extremamente as instituições judiciais, o juiz pode-se tornar um ditador dos bons costumes, da moralidade social e política, como defendido por Garapon (1999, p. 45):

“O Juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar; uma moral, um grande projeto.”

Para Garapon, o homem moderno destituído de valores ao perder os baluartes políticos, simbólicos, psíquicos e normativos, acaba por perder o ideal democrático. O homem passa a ser incapaz de gerir diferentes e complexas formas de integração social, e deixa a cargo do juiz, uma “autoridade clerical e até mesmo paternal” (GARAPON, 1999, p. 23). O Judiciário passa a substituir as instituições que não mais realizam a contento sua função de manter a solidariedade social, como os partidos políticos, família e religião. O juiz se torna o último guardião das promessas, “tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo memória viva dos valores que os fundamentam, estes últimos pediram à justiça que velassem pelos seus juramentos” (GARAPON, 1999, p. 24):

Garapon atribui como um dos motivos para a crescente judicialização na sociedade modernas, o fato que existe uma nova expectativa política, por parte da sociedade e dos próprios políticos para novas atuações do Poder Judiciário (GARAPON, 1999, p. 36). Porém, o problema segundo Garapon está nas consequências da aceitação dessa demanda política e social. Ao colocar a justiça, alcançada por métodos judiciais, como norteadora da democracia estaria se despolitizando a própria democracia.

O juiz torna-se o novo anjo da democracia, que reclama um estatuto privilegiado do qual já expulsou os homens políticos. Sente-se investido de uma missão redentora em relação à democracia, coloca-se numa posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. A justiça concluiria, assim, o processo de despolitização da democracia.” (1999, pp. 74-75),

A judicialização faz com que o direito e seus procedimentos passem a ser referência para a democracia. O judiciário assume o lugar simbólico diante de uma sociedade sem referência. O judiciário não se limita a aplicação das leis, passou a ser a referência para a ação, a ser árbitro de todas as instâncias políticas e sociais. Não há nada que não possa ser questionado perante uma jurisdição. “Tal promoção da justiça autoriza a transposição de todas as reivindicações e de todos os problemas para uma jurisdição em termos jurídicos” (GARAPON, 1999, p. 44). Com a judicialização, o homem enquanto cidadão pertencente a uma comunidade política cede o lugar ao homem sujeito de direitos: “O sujeito de direito seria a versão judicial do cidadão que já não está ligado a uma nacionalidade, mas à condição de humano, pura e simplesmente” (GARAPON, 1999, p. 212)

As relações entre organizações políticas e sociais, minorias e outros atores, são mediadas não mais pelo Estado, mas pelo direito, substitui a esfera pública pela privada. “Através desta forma mais direta de democracia, o cidadão-litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação” (GARAPON, 1999, p. 46). Com isso o Judiciário passa a ser o salvaguarda de pessoas e grupos mais vulneráveis

Para Garapon, o papel proeminente do juiz deveria limitar-se aos “pontos quentes” (VIANNA, 1999, p. 27), que seriam questões envolvendo conflitos relacionados à exclusão social, ao consumo de drogas e às crianças e

adolescentes.

Por sua vez, Habermas, inicia sua crítica a judicialização se colocando criticamente frente ao Estado e ao direito social, com o objetivo de “[...] colocar sob novo ângulo a questão do soberano e da conformação da vontade geral, concebendo a sua proposta em favor de um paradigma procedimental do direito”. (VIANNA,1999, p. 27). A judicialização seria condenável, pois as interconexões entre a democracia deliberativa e a representativa dependem de fluxos comunicacionais e de uma livre e ativa cidadania.

Pela proposta hermenêutica de Habermas, o paradigma procedimental de interpretação constitucional deve compatibilizar o processo deliberativo com uma interpretação de sentido deontológico das normas jurídicas. Assim, a interpretação e prestação jurisdicional “[...] devem procurar estabelecer aquilo que é correto e não, como defendem os comunitários, aquilo que é preferencialmente bom, dada uma ordem específica de valores.” (CITTADINO,2004,p.2004) Haja vista que as sociedades modernas convivem com um pluralismo social e cultural, resultando em uma multiplicidade de projetos individuais devida.

A ética discursiva de Habermas fundamenta as normas morais nos procedimentos discursivos que serão submetidos a validade do consenso de todos os atingidos. Enquanto o direito se encontra próximo de uma teoria procedimental ideal, a moral não. O direito possui critérios vinculantes institucionalizados e por isso, de um ponto de vista externo, pode ser corrigido.

A construção teórica de Dworkin se baseia em um “[...] processo hermenêutico orientado por princípios substantivos, como o enfoque monológico de ‘um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade’”. (CITTADINO 2004. p. 205), enquanto Habermas se baseia em um processo hermenêutico dialógico, baseado em uma teoria do discurso.

Para Habermas o direito exerce um papel mais integrador, ele é responsável por traduzir a linguagem e transportar as estruturas comunicativas das interações simples para o nível da interação abstrata. É esta dimensão transformadora que o Direito assume nesse rearranjo que viria a ser importante no quadro teórico da democracia procedimental habermasiana. Através de vias discursivas, o direito se apóia num conceito de racionalidade procedimental. Mas o direito para conseguir seu sentido normativo necessita de um

procedimento que gere sua legitimidade (HABERMAS,2003)

A compreensão procedimental do direito encontra a legitimação do mesmo através de pressupostos comunicativos, por arenas políticas, e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade. O que garante a justiça da lei é a gênese democrática:

A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional. Eu analisei esse processo democrático – que empresta força legitimadora ao estabelecimento do direito em meio ao pluralismo das cosmovisões e das sociedades, sob o ponto de vista da teoria do discurso. [...] apoiei-me no princípio segundo o qual podem pretender legitimidade as regulações normativas e modo de agir merecedores do assentimento de todos os possíveis envolvidos enquanto participantes de discursos racionais...

No paradigma procedimentalista do Direito, a esfera pública é tida como uma ante-sala do complexo parlamentar e como a periferia que inclui o centro político, no qual de originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político. Através dos canais de eleições gerais e de formas de participação específicas, as diferentes formas de opinião pública convertem-se em poder comunicativo, o qual exerce um duplo efeito: a) de autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora. (HABERMAS,2003. P. 187)

Para Habermas, ainda tratando da legitimidade do direito é necessário investigar as condições de estabelecimento de vínculos racionais capazes de promover interações comunicativas entre sujeitos políticos, bem como os procedimentos institucionalizados encarregados de gerir politicamente essas interações:

Num sistema político que sofre a pressão da complexidade social, essas limitações manifestam-se através de dissonâncias cognitivas crescentes, que nascem da distância que separa as suposições de validade do Estado de direito democrático das formas concretas que esse processo político assume. (Habermas,1997, p. 48)

Poderia cogitar a existência uma tensão entre facticidade e validade, poder-se-ia considerar a possibilidade de fragilização tanto do poder político como do jurídico. Poder-se-ia considerar que as forças sociais poderiam encontrar lugar para impor desproporcionalmente e, portanto, ilegitimamente sua perspectiva político administrativa sobre a sociedade em geral. No entanto Habermas defende que a preservação constante do espaço de debate por meio da força do Estado de direito deve assegurar garantias de representação

equânime aos diversos setores da esfera pública:

Os fluxos comunicacionais da esfera pública política estão especialmente expostos à pressão seletiva da inércia social; todavia a influência gerada por este caminho só pode transformar-se em poder político quando passar através das comportas do processo democrático e do sistema político em geral, instaurado na forma de Estado de direito. (HABERMAS, 1997 p. 57)

A origem das temáticas formadoras do conteúdo dos debates sociais é o mundo da vida e as pressões que afetam os atores cotidianamente. Quando inseridas no agir comunicativo provoca a idéia da opinião pública:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. (HABERMAS, 1997, p. 92)

O direito para Habermas seria o transformador na circulação da comunicação entre mundo da vida e sistemas sociais funcionais. O que legitimaria o processo democrático não somente ao caráter discursivo da formação da vontade e da opinião, mas também a forma jurídica delineadora, que integra discursos a processos decisórios. Sendo que a legitimidade das normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política.

A judicialização para Habermas, ainda que realizado em nome da igualdade, tem por consequência a perda da liberdade, o gozo passivo de direitos sociais, a privatização da cidadania e a formatação de um Estado paternal:

Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade (VIANNA, 1999, p. 23).

Vianna defende que para Habermas a origem da judicialização estaria no Estado do bem-estar Social. Isso, pois, este paradigma de Estado possibilitou uma alteração das características da legislação, que passou a

utilizar amiúde da Justiça Constitucional como forma de realização dos direitos sociais e políticos, situação que, outrora, era restrita à esfera pública (VIANNA, 1999, p. 28).

Habermas acredita que o principal motivo para a ampliação da participação política dos tribunais nas sociedades modernas seria a função dos Tribunais Constitucionais como órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade.

Segundo Habermas os meios disponíveis para o processo de normatização jurídica têm de ser utilizados sob as condições da política deliberativa, que fundam legitimidade. Os Tribunais constitucionais teriam o papel de prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimadora do processo democrático; Assegurar os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza. Deveria limitar-se a “proteger o procedimento democrático da legislação” (HABERMAS, 2003, volume I, p. 299). Deveria, todavia, ser o Poder Legislativo o responsável pelo controle de constitucionalidade abstrato das leis, visto que “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador” (HABERMAS, 2003, volume I, p. 301).

Em uma leitura procedimental da Constituição, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos e normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Entretanto, caso os Tribunais Constitucionais se responsabilizarem pela realização do controle de constitucionalidade abstrato, haverá usurpação de funções do Legislativo pelo Judiciário:

o legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei (HABERMANS, 2003, I, p. 301).

Logo, cabe ao poder judiciário realizar o controle abstrato da constitucionalidade das leis em face do legislador democrático, tal poder estaria rompendo com a teoria da tripartição de poderes e criação de direitos,

revelando-se uma clara inspiração política (HABERMAS, 2003, volume I, p.314).

Habermas (2003, volume I, p. 297) afirma que Dworkin em sua doutrina construtivista possibilitou a ampliação da competência dos Tribunais Constitucionais, gerando a impossibilidade de traçar com clareza uma divisão entre as competências do Poder Judiciário e as do Poder Legislativo. Na verdade, a teoria de Dworkin terminaria por ceder a necessária conexão entre a administração e a lei. Pois, a decisão judiciária só é legítima quando se encontra em conformidade com a lei, ampara sua legitimidade no processo legislativo construído de forma democrática e comunicativa.

Para Habermas, no paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública e discursiva é tão importante que ela assume um lugar anterior à produção legislativa (HABERMAS, 2003, II, pp. 186-187)., é através dela que ira ser confrontado a pluralidade de idéias através do debate público comunicativo sem funções especificamente políticas. Mas que gera autorização para o legislador e que legitima o judiciário e cobra fundamentações co maior rigor. (HABERMAS, 2003,181).

A teoria procedimentalista o Estado direito não é orientado por uma sociedade de mercado e nem por um Estado de bem estar social, para essa teoria o Estado de Direito, se coloca como

“[...] institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, a seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.” (HABERMAS, 2003,181)

Assim, tanto o paradigma do Estado Liberal quanto o Estado de bem-estar estão firmados sobre equívocos por não manterem relação interna entre autonomia privada e pública, resumindo-se à distribuição de direitos e de benefícios sociais, busca-se apenas a realização da concepção individual do cidadão acerca de uma vida digna.

O equívoco de ambos os paradigmas, segundo Habermas, é acreditar que a justiça se vincula a uma certa idéia de bem-estar, que pode ser assegurado ou pela igualdade jurídica – paradigma do direito liberal – ou pela igualdade fática – paradigma do direito ao bem-estar. Como consequência desta concepção de justiça enquanto modelo distributivo, ambos os paradigmas configuram uma mesma representação do cidadão enquanto “destinatário de bens”, equiparando, por um lado, bens e direitos, e desprezando, por outro lado, o papel do cidadão comum enquanto “autor” do direito. (CITADINO,199, 209)

Para o procedimentalismo de Habermas questão fundamental é a autonomia de indivíduos que ao se reconhecerem como iguais numa comunidade jurídica tornam-se autores de seus direitos e não meros destinatários que inertes recebem da estrutura burocratizada do Estado Providência os direitos. Através de uma vontade autônoma no âmbito da esfera pública e da sociedade civil se encontra a legitimidade ao que o direito esta vinculada, e que posteriormente remete suas praticas comunicativas para as instituições políticas. (CITADINO,1999, 209)

Resumindo, a judicialização da política para o eixo procedimentalista de Habermas, reconhece a transferência das competências legislativas para os Tribunais, isso decorrente da ineficiência do Legislativo que não é capaz de esgotar sua função de regulamentar as matérias adequadamente. Assim, recai sobre o Judiciário, principalmente sobre os tribunais constitucionais, a tarefa tradicional de “[...] mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o ‘direito e a lei’ [...]” (HABERMS 2003,p. 183), por sua vez, caberia ao Legislativo a obrigação de interpretar e estruturar direitos. “Na leitura de Habermas, então, a comunidade de intérpretes da Constituição se faria presente diretamente na vida pública e não pela mediação dos tribunais” (VIANNA., 1999, p. 29).

Como já dito, o âmbito de discussão na esfera pública deve preceder a criação legislativa, e não ser realizado posteriormente pelo Judiciário. O procedimentalismo, assim, restringe as competências dos Tribunais constitucionais, para proteger os espaços públicos e garantir o processo democrático, bem como a participação de um cidadão ativo politicamente na luta pelo principio da igualdade. (VIANNA., 1999, p. 29).

Cabe ao tribunal constitucional como responsável pelo controle de constitucionalidade abstrato seria desrespeitar a separação de poderes, isso pois, não é dado ao legislador ir contra as decisões jurisdicionais para verificar sua pertinência com a intenção pela qual a norma foi criada, dessa forma caberia restringir a atuação dos tribunais no que concerne à invasão sobre a lei construída pelo processo democrático. Habermas defende a idéia de que o controle da constitucionalidade das normas seja atividade reservada ao próprio legislativo, através de um processo de auto-reflexão. “Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções

de um processo judicial.” (HABERMAS, 2003, p. 301).

Em Habermas, os Tribunais Constitucionais deveriam entender a si mesmos não como protetores de uma ordem suprapositiva de valores substanciais, e sim como responsáveis por “zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político.” (Vianna,1999, p.29). Garantindo a esfera pública e as condições para que os cidadãos enquanto sujeitos do direito possam descobrir-se e identificar seus problemas, advindo desse processo as suas próprias soluções.

4 AS BASES DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN

A característica central das sociedades democráticas contemporâneas ocidentais é serem marcadas pelo multiculturalismo. Uma sociedade democrática moderna se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas (RALWS, 2000). O resultado de uma sociedade democrática e livre é a multiplicidade de grupos e subgrupos, cada qual possui diferentes modos de ser, convicções e conceitos, diferentes concepções religiosas, filosóficas e morais. Não existe mais uma doutrina abrangente, seja religiosa, moral ou filosófica, capaz de unificar a sociedade atual:

A diversidade de doutrinas compreensivas, religiosas, filosóficas e morais, que encontramos nas sociedades democráticas modernas, não constituem uma mera situação histórica que repentinamente poderá terminar; é uma característica permanente da cultura pública da democracia. Nas condições políticas e sociais que asseguram os direitos e as liberdades básicas de instituições livres, uma diversidade de doutrinas compreensivas opostas e inconciliáveis surgirá e persistirá se é que tal diversidade já não está ocorrendo. (RALWS, 2002. p. 57).

Pode ser que sejam frequentes lamentações ou desprezo ao pluralismo: a concepção de religião, filosofia moral de certo grupo, poderia representar a única verdade sobre o justo ou sobre o bem e, assim, deveria servir como a base de unificação e de orientação tanto da sociedade quanto dos cidadãos. Mas isso não se dá; e talvez nunca se deu. O fato é que cada grupo almeja dar aos preceitos constitucionais uma interpretação que se ajuste a suas crenças, para assim satisfazer seus interesses, diante da profunda diversidade de idéias e crenças defendidas na sociedade pelos demais grupos. Portanto, o dissenso é intrínseco e se impõe como uma realidade incontornável das sociedades contemporâneas, pelo menos no Ocidente, sendo causa de inúmeras controvérsias e embates políticos sobre questões difíceis e profundas, tais como a união homossexual, o aborto, a pesquisa com células-tronco, a anencefalia, a eutanásia e os limites para liberdade de expressão, questões que diretamente afetam o significado de princípios mais gerais e abstratos, como a liberdade, igualdade e a dignidade. Sobre o tema Ralws, (2002. p. 29) afirma:

As lutas mais agudas se dão pelos mais altos valores, pelo que é mais

desejável: pela religião, pelas visões filosóficas acerca do mundo e da vida, e por diferentes concepções morais do bem. Deveria parecer-nos extraordinário, então, que, estando em tão profunda oposição nestes aspectos, a cooperação justa entre os cidadãos possa ser possível. Na realidade, a experiência histórica nos sugere que dificilmente essa cooperação se dá. (2002. p. 29)

O pluralismo, segundo Rawls, “é resultado normal do exercício, pelos cidadãos, de sua razão, no seio de um regime democrático liberal” (2002. p. 176); e a sua existência permite uma sociedade de maior justiça e liberdade. O pluralismo é o resultado da liberdade humana, por isso, condená-lo equivale a condenar o livre exercício da liberdade humana, bem como o nosso desenvolvimento racional, não sendo, portanto, o pluralismo algo a se lamentar (RAWLS, 2003. p. 06).

Querer extirpar a pluralidade e por sua vez o dissenso pressupõe o uso opressivo do poder do Estado e, conseqüentemente, uma violência sem tamanho contra os seres humanos, uma vez que a intolerância parece ser ilegítima e injusta. Querer impor uma doutrina abrangente sobre todas as demais só parece possível por meio da força.

Cabe ao Estado e às suas instituições possibilitarem uma convivência harmônica, equilibrada e justa dos indivíduos e de seus grupos, em meio à imensidão de controvérsias e disputas. Já o dissenso acaba por constituir um dos problemas fundamentais para as democracias constitucionais as quais respeitam a liberdade. Assim sendo, qual o papel das democracias nesse contexto? Chantal Mouffe (2003) indaga se seria tal papel o de buscar uma sociedade pacificada e harmoniosa na qual as divergências básicas sejam superadas e se estabeleça um consenso imposto a partir de uma interpretação única dos valores comuns. Se não, se seria o papel de buscar uma sociedade com uma esfera pública vibrante na qual muitas visões conflitantes podem se expressar, havendo a possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos?

Grande parte desse problema é fruto da própria democracia constitucional: em função da idéia de direitos fundamentais e da necessidade de materialização dos mesmos, tenta-se consolidar o pluralismo por meio da livre manifestação de pensamentos e atitudes como uma realidade necessária, mas não suficiente, da democracia. A própria democracia, ao garantir um sistema de liberdades, é a causa do pluralismo e do dissenso que provoca

controvérsias, tensões e conflitos na sociedade.

O fato de o Estado ter a necessidade de proporcionar a convivência entre as pessoas não significa que deva adotar uma doutrina abrangente no sentido de impor sua vontade em relação à sociedade, pois se defrontaria justamente na pluralidade constitutiva da sociedade. Há autores, entretanto, que consideram o pluralismo como algo nocivo ao Estado; é o caso de Carl Schmitt (2007; 2009), argumentando que qualquer questão pode ser uma questão política, desde que incida o conflito estando diretamente relacionado com as relações de conflito e com o poder. Assim sendo, o pluralismo, que na visão de Schmitt se relaciona diretamente com o pluripartidarismo, seria prejudicial, por gerar conflitos e ameaçar a unidade e a identidade da democracia. Para o mesmo autor, a democracia ocorre efetivamente em uma sociedade harmoniosa e unitária; e o direito seria uma construção da unidade dentro da pluralidade, até mesmo sob uma submissão de minorias à democracia majoritária.

Posicionamento diferente ao de Schmitt é aquele que se tem em Rawls (2001); para o último, há a necessidade de se construir uma sociedade democrática sendo presentes a justiça social e o pluralismo – na exata medida em que a pressuposição básica de uma democracia é de que não existe democracia sem: justiça social, respeito, fomento e realização dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor, tem-se que:

O problema do liberalismo político é saber como uma sociedade democrática estável e justa, composta por cidadãos livres e iguais, mas profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais, incompatíveis entre si, pode existir de maneira durável. (RAWLS, 2001. p. 196)

Uma doutrina abrangente com base em um acordo intersubjetivo acerca da concepção de justiça social e de seus princípios basilares não fornece uma resposta adequada para o problema em questão, pois uma doutrina abrangente com essa pretensão não será aceita pelos defensores das demais doutrinas abrangentes: o que se busca é um consenso unânime acerca da concepção de justiça social, já que uma sociedade democrática é uma sociedade de cidadãos livres e iguais fundada na cidadania. Além do exposto, haveria o risco, quando da conquista de poder político, de uma determinada

doutrina abrangente visar a destruição ou a opressão das demais doutrinas abrangentes. Rawls (2002, p. 181) afirma que “nenhuma doutrina abrangente é apropriada enquanto concepção política para um regime constitucional”.

Para o autor, ainda é necessário buscar um modo de reger as relações sociais e o sistema político e econômico; em sua visão, o pluralismo razoável é um fato do mundo contemporâneo: ele é definitivo, não provisório, e é fruto do livre desenvolvimento da razão humana, nunca fruto da irracionalidade. Aliás, propõe Rawls a busca por um consenso sobreposto entre essas diversas – e conflitantes – doutrinas abrangentes.

A diversidade política, cultural e social nas sociedades contemporâneas, para Cass Sunstein (2005), não representa um mal, ou algo a ser combatido. Para Sunstein, o dissenso tem grande relevância, pois é capaz de combater os problemas advindos no processo de conformação social, bem como é capaz de fortalecer a democracia. Dessa forma, Sunstein (1998; 2001; 2005) posiciona-se de modo distinto à grande parte da doutrina política, a qual funda seu argumento em um consenso necessário para a estabilidade social. O autor sugere que a teoria política atual não tem dado a devida importância aos perigos que surgem da necessidade de se chegar a um consenso. Por fim, destaca-se Sunstein propor um modelo que, tendo em vista o dissenso, seja capaz de incorporar as vantagens do pluralismo, ao passo que consiga respostas para as desvantagens da sociedade multicultural.

A seguir, serão apresentadas as teorias de Sunstein que propõem responder ao questionamento acerca de como uma democracia deve lidar com os profundos desacordos sociais. Partindo de uma democracia deliberativa capaz de integrar em uma sociedade pessoas com convicções morais e políticas contraditórias, de modo que possam se entender quando necessário e tornando o consenso desnecessário, quando esse se torna algo impossível de conseguir, o autor formula as idéias sobre os acordos não totalmente teorizados, a base de sua teoria do minimalismo judicial. Demonstrar como Sunstein constrói os acordos não totalmente teorizados é a razão de ser deste capítulo.

4.1 Democracia deliberativa e atuação do poder Judiciário

O ideal de discussão dos negócios públicos por cidadãos livres e iguais remete a um tema antigo da teoria política, de Aristóteles a Rousseau, passando por Kant e Arendt, e muitas são as figuras clássicas que podem ser apontadas como tendências democrático-deliberativas. Entretanto, apenas há alguns anos os pressupostos de uma vertente deliberativa de democracia começaram a ser sistematizados, possibilitando, assim, ser identificado, definido, um modelo de democracia.

Pode-se dizer que dois autores contribuíram essencialmente para a democracia deliberativa atual: o alemão Jürgen Habermas (1995; 1997) e o norte-americano John Rawls (2002). Em sua proposta atual, pode-se dizer, em suma, que a democracia deliberativa é concebida em torno de um ideal de justificação política, voltado à institucionalização do uso público da razão (COHEN, 1996. p. 99). Tal ideal implica que, ao apresentarem certa proposição, os indivíduos integrantes do processo de deliberação pública devem considerar o fato de que precisam articular razões públicas minimamente justificáveis. Por justificação entende-se, também, que os participantes do processo deliberativo devem buscar compreender as razões que levam determinados grupos ou indivíduos a defenderem causas específicas.

Face o exposto, ao mesmo tempo que se refere ao provimento de razões de perfil público, a justificação envolve um ideal de busca por respeito mútuo e uma tentativa menos conflituosa, apesar das controvérsias entre os grupos ou indivíduos, na qual os participantes, por meio de princípios deliberativos, empregam suas razões obedecendo a parâmetros mínimos de respeitabilidade e consideração.

Vê-se que democracia deliberativa propõe atenuar um conjunto de dificuldades diagnosticadas naquilo que concerne ao funcionamento do regime democrático de governo, empregando o debate e a razão pública no processo de deliberação pública. Frente ao pluralismo social e à diversidade de opiniões defendidas por cada grupo na tomada de decisão, é necessária racionalidade para, dentre os argumentos prós e contras de leis e políticas em questão, ser alcançada justiça social.

Dessa forma, não parece razoável que decisões políticas fundamentais

sejam transferidas das arenas democráticas para o interior dos tribunais, resultando em uma atuação política proeminente dos magistrados. A democracia deliberativa impõe que os princípios mais fundamentais de uma sociedade sejam democraticamente construídos, ou seja, o Judiciário possui um espaço limitado.

Sunstein (2001) defende uma atuação do juiz mais restrita quando o mesmo se deparar com casos difíceis e controversos; em tais casos, os juízes deveriam, preferencialmente, na máxima medida do possível, não interferir em questão de princípios. O autor defende que, em casos particulares envolvendo questões fundamentais para a sociedade, os juízes têm menos a resolver do que as deliberações democráticas nas arenas públicas.

Cabe ressaltar, contudo, que a deliberação pública é algo complexo, e mesmo assim Sunstein a considera mais desejável do que um posicionamento político dos magistrados. E é justamente o processo de conformação social para a resolução de conflitos políticos dentro de uma sociedade democrática o objeto de estudo que se segue analisando, refletindo-se sobre os perigos do consenso e as vantagens do dissenso no processo de conformação que diretamente interfere na deliberação pública.

5 CONFORMISMOS, CASCATAS SOCIAIS E POLARIZAÇÃO DE GRUPOS

Nas sociedades contemporâneas, é cada vez mais evidente a ocorrência de um processo sólido de uma conformação comum, digamos. A opinião pública de grupos homogêneos exerce sobre as opiniões desviantes um efeito coercitivo, perverso, que visa a uma adequação de condutas e opiniões no sentido de uma moral predominante. Em decorrência desse efeito, há uma tendência de cada vez mais as pessoas realizarem as mesmas atividades: ler, ouvir, ver, consumir, frequentar, temer, desejar, pesquisar e discutir sobre as mesmas coisas, lugares, desejos etc.

Inerente a democracia, cabe ser lembrado, é o temor de sua corrupção: disfarçada sobre uma legitimidade de um autogoverno popular, ela poderia se transformar em uma tirania da maioria, tanto política quanto social. Conciliar a soberania da vontade popular com a cautela de se evitar uma possível tirania da maioria é um problema identificado tanto por John Stuart Mill (1991) como por Tocqueville (2002) e pelo federalista James Madison. Em seu sentido político, a ditadura da maioria se impõe por meio de uma autoridade que, sob alegação de representar os interesses e a vontade da nação e do povo, utiliza sistema eleitoral para se legitimar em função de interesses da maioria política: o Estado é o agente que opera a tirania. A tirania da maioria também pode ser exercida em seu sentido social, sendo operacionalizada pela sociedade, quando essa age sobre seus indivíduos impondo condutas e ideias acerca daqueles que divergem da maioria. Como salienta Stuart Mill:

A sociedade pode executar e executa os próprios mandatos; e, se ela expede mandatos errôneos ao invés de certos, ou mandatos relativos a coisas nas quais não deve intrometer-se, pratica uma tirania social mais terrível que muitas outras formas de opressão política, desde que, embora não apoiada ordinariamente nas mesmas penalidades extremas que estas últimas, deixa, entretanto, menos meios de fuga que elas, penetrando muito mais profundamente nas particularidades da vida e escravizando a própria alma. A proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não basta. Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta, àquelas que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com os seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria. Há um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é

indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político (1991. p. 48-49).

Quem de algum modo se opõe à tirania da maioria está sujeito a sofrer sanções sociais. A moralidade da maioria pode-se utilizar de violência de forma perversa para tentar silenciar o dissenso nessas sociedades. Como salienta Tocqueville, de forma poética, sobre a tirania da maioria em repúblicas democráticas:

(...) nas repúblicas democráticas, não é assim que a tirania procede; ela deixa o corpo e vai direto à alma. O amo não diz mais: “pensar como eu ou morrerá”. Diz: “Você é livre de não pensar como eu; sua vida, seus bens, tudo lhe resta; mas a partir deste dia você é um estrangeiro entre nós. Irá conservar seus privilégios na cidade, mas eles se tornarão inúteis, porque, se você lutar para obter a escolha de seus concidadãos, eles não a darão, e mesmo se você pedir apenas a estima deles, ainda assim simularão recusá-la. Você permanecerá entre os homens, mas perderá seus direitos à humanidade. Quando se aproximar de seus semelhantes, eles fugirão de você como de um ser impuro, e os que acreditarem em sua inocência, mesmo estes o abandonarão, porque os outros fugiriam dele por sua vez. Vá em paz, deixo-lhe a vida, mas deixo-a pior, para você, do que a morte” (2002, p. 299)

Em uma sociedade tiranizada pela maioria, a liberdade individual não é valorizada e a importância do dissenso é afetada; não se conformar com a opinião existente é desejável socialmente, pois isso suprimir os desacordos estagnando a evolução social (SUNSTEIN, 2005).

A conformação social diminui o acesso às informações e às razões de outros grupos; Cass Sunstein (2005. p. 06) acredita que a tendência de a sociedade impor suas regras de conduta às demais pessoas é por demais danosa para ela mesma: são impossibilitados de serem conhecidos pontos de vista, razões e informações de grupos dissidentes. Esses, por sua vez, oferecem uma nova perspectiva de idéias e razões, enquanto os conformistas dificilmente acrescentam algo, simplesmente aceitando uma posição. Assim, ao invés de impor sanções aos dissidentes, a sociedade deveria respeitá-los; frequentemente a sociedade condena o comportamento desviante do comportamento homogêneo e justifica formas de retaliação baseadas no cultivo dos bons costumes e da ordem pública. O desejável para a sociedade seria uma institucionalização de direitos que coibisse as penalidades impostas aos dissidentes e garantisse direitos à manifestação de grupos minoritários, assim favorecendo a diversidade de argumentos e de ideias, o que beneficiaria o processo de deliberação.

Apesar de o dissenso ser uma fonte de evolução social na medida em que possibilita a pluralidade de argumentos, deve-se ter a sutileza de considerar que é possível que a maioria esteja na direção certa; nesses casos, o dissenso permanente na sociedade seria tão injusto e perverso quanto a imposição de uma opinião de uma maioria que não está disposta a ouvir argumentos de grupos contrários. Entretanto, raras são as esferas, se é que existem, que sejam passíveis de determinar qual é a direção correta. Dessa forma, haver abertura em prol do dissenso e de novos argumentos é algo desejável para a evolução social.

No livro *“Why societies need dissent”*, Cass Sunstein expõe habilmente como o dissenso é necessário para a sociedade e, demonstrando como o consenso pode ser prejudicial, apresenta os seguintes conceitos: conformismo, cascatas sociais e polarização de grupos. No decorrer deste capítulo, apresentadas tais teorias e como as mesmas interferem diretamente na deliberação pública, bem como, em que medida, seria desejável em uma sociedade plural um Judiciário restrito politicamente, tendo por base as teorias apresentadas.

5.1 Conformismo

Toda sociedade contém inúmeros grupos de deliberação; a questão crucial é analisar as conseqüências prováveis do processo deliberativo. Sunstein (1999) afirma que é fato que às vezes as pessoas entram em discussões com um ponto de vista e saem com outro, mesmo em questões políticas e morais. Diante disso, o autor afirma que pode ser projetado um ideal capaz de combinar a capacidade de resposta popular com um alto grau de reflexão e troca entre pessoas com visões concorrentes.

No entanto, os teóricos relevam as conseqüências reais da deliberação atual. Sunstein (1999) acredita que a concepção predominante de deliberação é sustentada por Aristóteles, Hamilton e Rawls, ou seja, baseia-se no fato de a discussão em grupo ser suscetível de conduzir a melhores resultados, isso se visões concorrentes são apresentadas e trocadas e chega-se a um consenso. Cabe a esse posicionamento a seguinte pergunta: seria essa visão inocente ou otimista?

Cass Sunstein (1999) sugere ser possível que mecanismos econômicos, psicológicos e sociais levem grupos deliberativos em direções inesperadas e indesejáveis; assim, propõe repensar o processo de deliberação enquanto fenômeno social que reavaliaria e reestruturaria as instituições que são concebidas como órgãos deliberativos. O consenso social, para Sunstein (2005), ainda que gere coesão social, não deve ser a finalidade de uma sociedade, pois existe uma grande possibilidade de pessoas pertencentes a um grupo homogêneo se moverem em direções/posições extremas daquelas compartilhadas pelo grupo.

Talvez isso aconteça pela ausência de conhecimento de direções/posições (razões) de outros grupos, o que pode ocasionalmente culminar em injustiça e desigualdade social, principalmente se surgem fanatismo e extremismo por parte de grupos componentes da maioria. Esse é o problema principal relacionado ao conformismo: mover indivíduos e seus grupos em posições equivocadas, pelo impedimento de haver a pluralidade de razões e informações; além do mais, mesmo que novos integrantes sejam incluídos no grupo, há uma tendência de se manter os ideais e os julgamentos já estabelecidos – cenário em que o dissenso é contraponto, proporcionando alternativas.

As influências sociais, para Sunstein (1999), afetam comportamentos por meio de dois mecanismos diferentes. O primeiro, diz respeito às influências informativas: observa-se que pessoas agem, ou pensam, influenciadas por uma externalidade informacional; se muitas outras pessoas fazem ou pensam algo, como assistir a determinados filmes ou se recusarem a usar drogas, um “sinal” sobre o que faz sentido fazer é percebido por “observadores”, produzindo-se a conformação. Parece que as pessoas são movidas a fazer algo compartilhado, fruto de uma confiança na maioria, talvez.

O segundo mecanismo refere-se à influência de reputação: mesmo que não se acredite que algo feito por outrem forneça informações sobre o que deve ser feito, isso não ocorrendo explicitamente, há quem pense que sim, que ocorra o fornecimento de informações (SUNSTEIN, 1999); ações expressivas de cada pessoa vêm com uma externalidade de reputação - preocupando-se com a sua reputação, faz-se o que se crê como demanda de outrem. Esse mecanismo de conformação que se refere à influência de reputação é capaz de

silenciar o dissenso nas sociedades.

Cass Sunstein (1999; 2005) recorre a experimentos sociais de Solomon Asch e de Muzafer Sherif para fundamentar a ideia da influência social no processo de conformação. Nos experimentos de Asch, uma determinada linha foi colocada sobre uma grande placa branca, sendo que a tarefa dos participantes era identificar qual de outras três linhas colocada em outra placa branca era idêntica em comprimento; uma das linhas sobre a segunda placa era de fato idêntica em comprimento à linha matriz, já as outras duas eram substancialmente diferente. Pediu-se a oito pessoas que indicassem a linha correspondente, sendo que algumas das pessoas envolvidas estavam instruídas a responder por vezes incorretamente, antecipadamente à resposta do indivíduo-alvo para o teste. Quando as pessoas respondiam erroneamente, o indivíduo-alvo tinha a opção de manter o seu juízo ou ceder, posicionando-se como os demais.

Um grande número de pessoas acabou cedendo. Em circunstâncias normais, quando as pessoas não eram instruídas a errar, o indivíduo-alvo errou menos de 1 % por cento das vezes; já nas rodadas em que a pressão do grupo incorreu em uma resposta incorreta, os indivíduos-alvo erraram em 36,8% das vezes. Quando apenas outra pessoa fez uma correspondência exata, os erros foram reduzidos a três quartos, até mesmo se houvesse uma maioria que apontasse para o contrário. A oposição de uma pessoa não aumentou os erros dos indivíduos-teste consideravelmente, porém, a oposição de duas pessoas aumentou a chance de erro para 13,6 %, e, a oposição de três pessoas aumentou a chance de erro para 31,8 %, não substancialmente diferente do nível que surgiu a partir de aumentos no tamanho da oposição.

Parece que as influências informativas e as de reputação induzem pessoas a esses erros, de acordo com o experimento de Asch (SUNSTEIN, 1999; 2005). Várias pessoas disseram, em entrevistas privadas, que suas próprias escolhas deveriam estar equivocadas; por outro lado, quando o indivíduo-alvo é isolado e precisa indicar a corda correspondente, os pesquisadores encontraram uma margem de erro bastante reduzida. Asch concluiu que seu trabalho levantou sérias questões sobre a possibilidade de processo de escolha social estar “poluído” pelo domínio de conformidade (SUNSTEIN, 1999; 2005). Notavelmente, entretanto, as experiências de Asch não

envolveram deliberação, ou seja, dar e receber razões; ,mas as experiências de Asch levantam questões sobre se e quando a deliberação conduzir pessoas a uma direção certa.

O psicólogo Muzafer Sherif realizou um experimento (SUNSTEIN, 2005) que consistia em colocar algumas pessoas em um quarto escuro com um ponto luminoso posicionado a uma distancia relativamente curta piscando. Criava-se uma ilusão de ótica: o ponto, que estava estático, parecia se mover. Sherif perguntava às pessoas, algumas vezes individualmente e em outras coletivamente, sobre a distância percorrida pelo ponto. Surpreendentemente, quando questionadas individualmente o resultado geral não apresentava consenso; entretanto, quando perguntados em grupo, as pessoas convergiam para um resultado comum.

Quando uma pessoa instruída para afirmar convictamente certa distância foi introduzida em um grupo, houve uma mudança considerável no sentido de se adequar a nova mudança. Sugere-se que, para questões às quais pessoas não oferecem um posicionamento forte, há uma tendência a serem consideradas informações de fontes que demonstrem segurança, ainda que não exista certeza sobre a veracidade dos fatos. Quando seguras, as pessoas tendem a rejeitar os pontos de vistas dos demais, por vezes; contudo, há momentos em que, mesmo corretas, tendem ao conformismo.

O processo de conformação, como descrito, pode influenciar tanto pessoas como organizações privadas. Porém, é possível que ele influencie também instituições públicas, como o poder Legislativo e o poder Judiciário, por meio de seus tribunais. Quando isso ocorre, é mister considerar que posicionamentos morais e políticos de legisladores e juízes podem ser influenciados por pressões externas de grupos majoritários, ao se depararem com questões controversas. Por isso, o juiz, ao julgar questões de direitos, e o legislador, ao deliberar sobre questões políticas, pode sofrer um processo de conformação.

Conforme o exposto, observa-se o quão devastadora e poderosa pode ser a maioria, quando se trata da influência no processo de conformação social, capaz, inclusive, de trucidar o dissenso e intimidar os comportamentos desviantes da maioria. No entanto, estudos iniciados na década de 1970 por Serge Moscovici (BARON, 2003) sugerem que as minorias podem influenciar a opinião majoritária.

De fato, grandes inovações e mudanças se iniciaram enquanto posicionamento de minorias, o posicionamento “contramajoritário”. Essa questão se mostra imprecisa e de difícil delimitação, sendo os estudos de Wood (1994) e de Baron (2003) utilizados por Sunstein (1998; 2005) como tentativa de oferecer alguma luz à questão; Sunstein (2005) fornece alguns exemplos que corroboram tal argumento: a luta de uma minoria pela igualdade de sexos e a luta por direitos homossexuais. Wood (1994) acreditava que os membros de uma sociedade muitas vezes modificam seus julgamentos para se adequarem ao julgamento da maioria da população, todavia, essa mudança de pensamento é apenas exterior; isso o autor classifica como “sujeição”. Baron (2003) defende que, apesar das minorias não conseguirem modificar o ponto de vista defendido publicamente por boa parte das pessoas, podem, sim, afetar o que essas pessoas pensam individualmente.

Talvez, muito da capacidade de mudança interior por parte das minorias se deva ao fato de as mesmas se mostrarem mais comprometidas e confiantes na defesa de seus ideais. Muitas vezes, defendem bons argumentos, o que instiga e provoca o âmagô, e, em alguns casos, “convertem” o julgamento interior das pessoas.

Os convertidos, com receio de manifestarem seus novos julgamentos morais e opiniões posicionando-se na esfera pública, receio de sofrerem sanções sociais da maioria, acabam por deixar de se posicionarem publicamente. Experimentos de Baron (2003) demonstraram que, quando inquiridos sobre questões politicamente difíceis, os indivíduos expostos tendiam a se posicionar conforme a posição da maioria, quando publicamente perguntados; todavia, quando perguntados em particular, muitos dos indivíduos mudavam de opinião.

Pensando o tipo de conformação que se dá por meio da argumentação da minoria, observa-se que a argumentação de indivíduos minoritários não pertencentes a qualquer grupo é tida como menos convincente. Assim sendo, quando o argumento da minoria pertence a um grupo com o qual o indivíduo se identifica, a argumentação foi tida como mais convincente e melhor aceita; é o que observa Baron (2003). Ainda que interiormente, concluiu-se, a influência minoritária parece capaz de introduzir novos pensamentos mudando o julgamento de indivíduos inseridos em grupos “consistentes.

O objetivo desta parte do trabalho foi o de apresentar a proposta de Sunstein (1998; 2005) que considera que “se os membros de um grupo não revelarem o que sabem, erros e até mesmo desastres são inevitáveis”¹ (SUNSTEIN, 2005. p. 05); faz-se assim necessário cultivar uma esfera pública em que as pessoas se sintam livres para se exporem, apresentarem o que sabem, posicionando-se.

5.2 Cascatas sociais

Qualquer ato cria uma externalidade informacional e, ocasionalmente, favorece uma influência reputacional; a esse fenômeno, Sunstein (1998) atribui o nome de cascatas sociais; segundo o autor, “Quando determinado grupo de pessoas agem ou falam, os observadores que não dispõem de muita informação pessoal são altamente propensos a seguir o seu exemplo”² (SUNSTEIN, 1998. p. 05) gerando influências sociais sobre os julgamentos individuais. A seguir, a definição de Cascatas sociais:

(...) movimentos sociais de larga escala nos quais muitos indivíduos terminam por pensar de uma determinada maneira ou agir de uma certa forma por causa das crenças ou das ações de poucos agentes primários, os quais influenciam de forma cabal os seus seguidores. (SUNSTEIN, 2005. p. 54)³

As pessoas se movem segundo as cascatas sociais ou por acreditam em algo como sendo realmente correto ou por considerarem devido o que algum grupo faz, desejando aprovação social; ainda, pode ser que simplesmente se movam assim por haver uma grande quantidade de pessoas se movendo na mesma direção. Como visto, as influências sociais afetam o comportamento por meio de dois mecanismos diferentes: o primeiro é o mecanismo das cascatas informacionais que se refere à credibilidade que se dá a uma conduta ou a um julgamento pelo fato de outras pessoas parecerem

¹ “If members of the crowd are not revealing what they know, errors and even disasters are inevitable”

² When a number of people have acted or spoken, observers who lack much private information are highly likely to follow their lead.

³ Large scale social movements in which many people end up thinking or doing something because of the beliefs or actions of a few early movers, who greatly influence those who follow

aceitá-lo; o segundo mecanismo é o da reputação, esse se refere ao ato de, mesmo não acreditando no que as demais pessoas fazem mas pensando nas ações de outrem como fornecimento de informações sobre o correto, considera-se o que outrem pensa, em detrimento de um julgamento pessoal (SUNSTEIN, 1998). Tudo isso se relaciona diretamente com os experimentos de Ash.

O trabalho de Ash tem relevância para o direito, a política e moral, sendo possível interpretar seus experimentos como demonstração de uma considerável susceptibilidade individual aos efeitos de cascata. A questão, para Ash, é da ordem de ser observado porque os indivíduos e os grupos sociais se movem em uma ou outra direção. Sunstein (1998) sugere que, quando as pessoas não têm uma grande quantidade de informações pessoais, há a tendência a se confiar tanto em informações fornecidas como em ações de outros indivíduos:

Se A desconhece que os despejos de resíduos tóxicos abandonados são de fato perigosos, ele pode ser movido em uma direção de temeridade, isso se B acredita que o medo é justificado. Se A e B acreditam que o medo é justificado, C pode acabar pensando assim também, pelo menos, se ele não tem informação do contrário. Se A, B, e C acreditam que depósitos de resíduos perigosos abandonados são perigosos, D terá que ter uma boa dose de confiança para rejeitar a conclusão compartilhada. (SUNSTEIN, 1998. p. 8)⁴

O exemplo serve para demonstrar como a falta de uma posição firme em um julgamento pessoal pode acabar por fazer com que muitas pessoas acreditem no posicionamento de alguém convicto, ainda que seja equivocado esse posicionamento. Aliás, um argumento supostamente válido se fortalece à medida que um número crescente apoiadores surge (SUNSTEIN; KURAN, 2007).

O resultado desse processo pode produzir efeitos em cascata, como grandes grupos de pessoas acabam por acreditar em algo – mesmo que falso – simplesmente por outras pessoas acreditarem. Há uma grande quantidade de

⁴ If A is unaware whether abandoned toxic waste dumps are in fact hazardous, he may be moved in the direction of fear if B seems to think that fear is justified. If A and B believe that fear is justified, C may end up thinking so too, at least if she lacks independent information to the contrary. If A, B, and C believe that abandoned hazardous waste dumps are hazardous, D Will have to have a good deal of confidence to reject their shared conclusion.

evidências experimentais de cascatas informativas que são fáceis de induzir em laboratório, conforme indicam estudos de Lisa Anderson and Charles Holt em sua obra *Information cascades in the laboratory* (1997) e de Nomikhchandani em *A theory of fads, fashion, custom, and cultural change as informational cascades* (1992).

Ora, no fenômeno conhecido por cascatas informacionais, as pessoas que participam terminam por não compartilhar a informação que possuíam antes de aderir à cascata: inexistente uma discussão ou uma deliberação com troca de opiniões, podendo resultar até mesmo no risco de erro na defesa de uma posição. O fenômeno de cascatas sociais possui uma faceta da distinção de reputação; nesses casos, as pessoas preocupadas com o julgamento externo e com as possíveis sanções sociais, acabam ou permanecendo em silêncio ou se posicionando contra o que, em sua intimidade, acreditam ser o correto. Retomando a exemplificação de Sunstein, como o autor desenvolve a sua análise do tema:

Suponha, por exemplo, que A acredita que aterros de rejeitos perigosos representam um grave problema ambiental; suponha também que B é cético. B pode ficar quieto, ou (como de alguns cobaias de Asch) até concordar com A, simplesmente, a fim de preservar uma boa opinião. C pode ver que A acredita que depósitos de resíduos perigosos representam um problema sério, e que B parece concordar com A; C pode, portanto, publicamente concordar, embora privadamente tenha uma postura cética ou contrária. (SUNSTEIN, 1998. p. 08-09)⁵

As cascatas reputacionais visam à proteção da posição social do indivíduo na sociedade: as pessoas agem ou demonstram sua posição conforme o senso moral da sociedade, temendo uma reprovação. Assim sendo, deixam de demonstrar o que realmente acreditam, publicamente defendendo valores contrários aos seus. Na vida política, é comum serem vistas as cascatas reputacionais: grandes movimentos sociais frutos de cascatas podem fazer políticos apoiarem uma ou outra posição, ocultando assim as suas preferências pessoais, pelo receio de perderem apoio político.

⁵ Suppose, for example, that A believes that hazardous waste dumps pose a serious environmental problem; suppose too that B is skeptical. B may keep quiet, or (like some of Asch's subjects) even agree with A, simply in order to preserve A's good opinion. C may see that A believes that hazardous waste dumps pose a serious problem, and that B seems to agree with A; C may therefore voice agreement even though privately she is skeptical or ambivalent.

Em suma, a cascata reputacional pode transformar um político, a título de exemplo: um político que em sua intimidade/pessoalidade é ateu se transforma em ferrenho defensor de Deus; aqui, indiretamente, pode-se tecer uma crítica à democracia representativa.

Cass Sunstein (1998; 2005) acredita que a conformação em um grupo pode ser alterada quantitativamente em decorrência de alguns fatos: a confiança e a firmeza por parte do indivíduo podem influenciar os membros de um grupo e encaminhá-los, ainda que eles compartilhem de um perfil semelhante, para direções opostas.

A unanimidade de pontos de vista exerce influência devastadora no processo de conformação, de modo que uma única manifestação dissidente é capaz de causar grande repercussão, mudando o grupo; já as pessoas que não pertencem a nenhum grupo exercem influência menor sobre os membros de um grupo. “Em um grupo que esteja tomando um curso de ação desfavorável, um único dissidente é capaz de mudar este curso, energizando os integrantes ambivalentes e que iriam, de outro modo, seguir a opinião da massa”⁶ (SUNSTEIN, 2005. p.27).

Cabe um questionamento, afinal: seriam as cascatas sociais um fenômeno bom ou ruim? Não é possível oferecer uma resposta geral. Em alguns casos, as cascatas sociais são problemáticas, pois são sustentadas por pouca informação pessoal, podendo ser baseadas em asneiras (SUNSTEIN, 1998). Porém, algumas vezes, o efeito das cascatas pode despertar na população em direção a um problema público e de direito relevantes. O preocupante nas cascatas sociais é que elas podem reduzir a quantidade de informação, e a qualidade da mesma, no discurso público e ocasionalmente infectar o processo de deliberação pública (SUNSTEIN, 1998).

As influências sociais, de informação e de reputação, além de influenciarem os julgamentos individuais das pessoas em geral, também podem influenciar o Legislativo e os tribunais. É possível que um dos problemas, anteriormente não devidamente tratado pelas instâncias

⁶ A group is breaking on an unfortunate course of action, a single dissenter might be able to turn it around, by energizing ambivalent group members Who would otherwise follow the crowd”

legislativas, torne-se relevante, na medida em que tal problema seja fruto da conformação decorrente de cascatas sociais.

Por sua vez, o Judiciário ao se deparar com uma questão difícil, em julgamento, pode ser suscetível a esses mesmos efeitos, conduzindo-os a julgamentos inexatos, irracionais e injustificados (BARON, 2003), o que aumenta o nível de conformação do grupo e a confiança desses julgamentos. Verifica-se que julgamentos morais de grupos, do Executivo e do Judiciário, são, em grande parte, fruto dos efeitos de cascatas sociais (SUNSTEIN, 2005).

O Judiciário pode continuar uma cascata informacional, na medida que, contrariando a necessidade de fundamentação legal das decisões, acaba por julgar de forma omissa e duvidosa, simplesmente reproduzindo de forma acrítica as decisões de julgamentos anteriores que, por sua vez, podem ser resultados de cascatas informacionais. Para além do exposto, o posicionamento de um órgão judicial em determinado assunto pode silenciar pessoas que não possuem valores morais claros e reafirmados por uma informação sólida; logo, tais indivíduos podem ser pressionados à conformação.

5.3 A Polarização de Grupos

A deliberação frequentemente tende a mover grupos e indivíduos que os compõem a um ponto mais extremo dos argumentos defendidos do que aos seus julgamentos individuais pré-deliberativos. A esse fenômeno Sunstein (1998; 2005; 2009) designa como polarização de grupos.

A polarização de grupos tem reflexo em instituições governamentais, legislativas e em tribunais, existindo uma relação direta entre esse fenômeno e as cascatas sociais; entretanto, enquanto as cascatas sociais, em geral, culminam em encaminhar à uma conformação, a polarização acaba por levar indivíduos de um grupo a uma opinião mais extrema do que a do indivíduo médio antes do debate. Para o direito e a política, a polarização de grupos é importante na medida em que afeta os processos de deliberação:

Os membros de um partido político, ou dos principais partidos políticos, podem polarizar como resultado de discussões internas; votação de partido é, por vezes, explicável em parte com esse fundamento. Um

conjunto de juizes com predileções semelhantes em um grupo de três juizes pode muito bem produzir uma decisão mais extrema do que qualquer membro individual escreveria se estivesse a julgar por conta própria. Grupos extremistas, muitas vezes, tornam-se mais extremos, como veremos em breve, e a maior polarização grupo geralmente ocorre com indivíduos já inclinados a extremos. (SUNSTEIN, 1998. p. 10)⁷

Experimentos realizados por Stoner (1968) envolvendo decisões em situações de risco demonstram a polarização de grupos. Nos experimentos, constatou-se que a deliberação tendia a mudar os membros do grupo, no sentido de maior tomada de risco; quando era necessária uma decisão unânime, geralmente o resultado da deliberação era bem mais inclinado ao risco. Inicialmente, em tais experimentos, foram selecionados alunos de pós-graduação do sexo masculino do curso de gestão industrial; eles deveriam responder a uma série de questões que envolviam risco das seguintes naturezas: se alguém deve escolher uma jogada segura ou arriscada nos últimos segundos de um jogo de futebol, se alguém deve investir dinheiro com vistas a um baixo retorno com alta segurança ou com menor segurança, dentre outras.

Stoner mostrou os problemas às pessoas, doze grupos no total, e em seguida gravou um julgamento das mesmas pessoas; após serem convidadas a chegar a uma decisão unânime, como um grupo. Em seguida, as pessoas eram convidadas a declarar seus julgamentos privados, após a deliberação do grupo, era sabido por todos que era aceitável o julgamento privado diferir do julgamento grupal.

Em doze dos treze grupos, as decisões grupais mostraram um padrão repetido para uma maior tomada de risco, quando feita a discussão. Além disso, houve uma clara mudança em direção a uma maior tomada de risco em opiniões privadas; apenas 16 % foram transferidos para uma maior cautela, 45 % não mudaram em nada e um total de 39% se moveu na direção de uma

⁷ Members of a political party, or of the principal political parties, may polarize as a result of internal discussions; party-line voting is sometimes explicable partly on this ground. A set of judges with similar predilections on a three-judge panel may well produce a more extreme ruling than any individual member would write if he were judging on his own. Extremist groups will often become more extreme; as we will soon see, the largest group polarization typically occurs with individuals already inclined toward extremes.

maior tomada de riscos (SUNSTEIN, 1998. p. 11).

Ora, percebe-se uma tendência para a polarização de grupos nos experimentos de Stoner, bem como uma mudança individual, na medida em que os julgamentos particulares foram movidos pela deliberação em direção a um ponto mais extremo do que a posição original dos indivíduos. Dois mecanismos são importantes para compreender a lógica da polarização: o mecanismo da comparação social e o mecanismo dos argumentos persuasivos.

A comparação social se relaciona com o fato de pessoas desejarem ser percebidas de forma positiva por outros membros do grupo e também se reconhecerem positivamente. Assim, ao deliberarem e ouvirem o que os outros defendem, eles ajustam suas posições na direção dominante, modificando, inclusive, sua posição pessoal para extremos, diferenciando assim a comparação social da influência de reputação (SUNSTEIN, 1998).

Os argumentos persuasivos se referem às escolhas de posicionamento na direção da posição mais persuasiva defendida pelo grupo, tomada como uma coletividade. Em um grupo cujos membros já estão inclinados em uma determinada direção, é substancial a desproporção entre o número de argumentos que suportam essa mesma direção e os contrários à mesma; o resultado da discussão será a tendência dos indivíduos fortalecerem suas inclinações iniciais (SUNSTEIN, 1998).

Nos argumentos persuasivos, parece existir uma estreita relação com as cascatas de informação. Sunstein (1998) acredita que o grupo de polarização, por vezes, ocorre por meio de uma espécie de cascata informacional, como as declarações de pessoas particulares que começam um processo em cascata que culmina com o extremismo. Entretanto, para as cascatas informacionais, é crucial a crença de outras pessoas, não seus fundamentos, enquanto que, para os argumentos persuasivos, crucial é que os argumentos oferecidos sejam reconhecidos como persuasivos.

O fenômeno de polarização de grupos frequentemente tende a limitar a opinião da minoria, silenciando-a ou pondo-a tímida dentro de um espaço de deliberação do grupo, o que limita os argumentos; acaba por fortalecer e extremar a opinião média individual do grupo após a deliberação. Como

resultado, pode ser que decisões piores ou mais limitadas sejam tomadas, bem como decisões mais razoáveis deixem de ser adotadas, devido à pouca informação disponível à minoria.

Pode ser que não ocorra a polarização, por alguns fatores; caso as pessoas que defendam a tendência inicial forem particularmente convincentes, é improvável que ocorra grupo polarização. Além disso, fatores afetivos parecem ser relevantes e complementares aos argumentos persuasivos: as pessoas são menos propensas a mudar de posição, se os argumentos são defendidos por membros do grupo considerados hostis, sendo a chance de mudança maior quando se percebem colegas como amigáveis e simpáticos, ou semelhantes, que seja (SUNSTEIN, 1998).

A tendência a uma polarização pode ser fortificada por meio da "saída" de membros do grupo que rejeitem a direção do mesmo, membros discordantes das ações, posicionamentos adotados etc. Uma vez que a saída é generalizada, a tendência para o extremismo pode ser bastante agravada.

Seguindo a teoria dos argumentos persuasivos, pode ser que não haja polarização, e, assim, uma convergência do grupo em uma posição central, se novos argumentos persuasivos são oferecidos para a deliberação do grupo:

O grande problema que envolve a polarização de grupos é não se baseia na racionalidade da polarização, não se baseia se as pessoas a ele sujeitos sofrem de algum vício de racionalidade ou motivação. “O problema é que as pessoas podem ser deslocadas, como resultado de processos inteiramente racionais, no sentido de erros factuais, jurídicas ou morais”. (SUNSTEIN, 1998, p. 20).⁸

Contextualizando a polarização de grupos com o direito, é possível ver quão importante pode ser o mesmo na influência de júris, tribunais compostos por vários juízes e membros do poder Legislativo.

5.4 Conformarção social x deliberação pública

No presente capítulo, busca-se apresentar os processos de

⁸ The problem with group polarization is not that people subject to it suffer from some cognitive or motivational defect. The problem is instead that people may be shifted, as a result of entirely rational processes, in the direction of factual, legal, or moral mistakes

conformação aos quais toda a sociedade está sujeita impreterivelmente; nesse sentido, parece que os mecanismos de conformismo são, em certa medida, coerentes com a ideia de Rousseau de que:

O homem nasce livre e em toda a parte encontra-se a ferros. Toda a nossa sabedoria consiste em preconceitos servis: todos os nossos usos são apenas sujeição, coação e constrangimento. O homem nasce, vive e morre na escravidão: ao nascer cosem-no numa malha; na sua morte pregam-no num caixão: enquanto tem figura humana é encadeado pelas nossas instituições.

Vê-se que o processo de conformação social é um processo universal, capaz de conduzir indivíduos a julgamentos morais, políticos e jurídicos muitas vezes distintos das opiniões privadas iniciais dos mesmos. O fenômeno da polarização de grupos, juntamente com o fenômeno de cascatas sociais, levanta sérias dúvidas sobre o valor da deliberação. Se a deliberação tende a mover as pessoas em direção a um ponto mais extremo de sua tendência inicial, por que seria algo desejável? Se as pessoas são influenciadas a manter sua reputação perante si e perante o grupo, e, se as mesmas pessoas estão sujeitas a influências da quantidade e qualidade de informação, por que defender a deliberação? A deliberação poderia garantir uma ampla gama de pontos de vista; uma esfera pública ativa seria um esforço para garantir um domínio sob o qual várias opiniões concorrentes e múltiplas perspectivas podem ser ouvidas, sendo uma premissa a de que grupos heterogêneos são fontes melhores e capazes de conduzir a bons julgamentos.

Assim, ter conhecimento e informação acerca de várias questões em um processo deliberativo amplo, capaz de apontar criticamente a razoabilidade de algumas posições, permite às pessoas construírem uma deliberação capaz de corrigir grande parte dos potenciais riscos da polarização de grupos. Certamente a multiplicidade de informação e opinião não garante boa deliberação, principalmente em questões concernentes à moralidade e à justiça; entretanto, uma compreensão de pontos de vista concorrentes é suscetível de enfraquecer as formas de fragmentação e o mal-entendido que vêm de uma deliberação que ocorra entre pessoas possuidoras de julgamentos parecidos (SUNSTEIN, 1998).

Foi analisado também como as pressões sociais impõem a uma minoria um custo social caso se defenda uma posição sua perante à maioria. Assim

sendo, é imperativo que uma democracia deliberativa garanta a liberdade de opinião de qualquer grupo, em uma tentativa de amenizar as pressões sociais no processo de conformação social, fazendo com que as vozes dissidentes não sejam silenciadas e se possibilite a manifestação quantitativamente e qualitativamente de informações em deliberação pública.

Expor a esfera pública à pluralidade de julgamentos morais, políticos ou aqueles que em verdade são tentativas de coibir pontos de vistas extremos e injustificados, é expor os indivíduos à diversidade e à troca de razões na esfera pública, essa a importância crucial da democracia deliberativa no processo de deliberação política. A existência de uma esfera pública heterogênea é capaz de favorecer, portanto, a deliberação na medida em que é aumentada a troca de razões e de informações que capacitam o grupo a tomar decisões mais razoáveis, até mesmo inéditas, pois são apresentadas ideias por uma minoria outrora “tímida”; conseqüentemente, tais atos tendem a reduzir os perigos das cascatas sociais e aqueles dos grupos de polarização (SUNSTEIN, 2008).

Face o exposto, deve-se ressaltar que, em algumas ocasiões, a pluralidade da esfera pública significa embate entre posicionamentos morais, políticos e jurídicos acentuadamente distintos. Quando isso ocorre, é difícil, por vezes impossível, o consenso em grupos heterogêneo; porém, Sunstein (2001) defende que uma democracia deliberativa não implica em obrigatoriedade de consenso: o consenso deve-se tornar desnecessário quando se mostra de difícil obtenção – a fonte de um constitucionalismo bem sucedido e capaz de estabilizar a sociedade. Para tanto, o autor apresenta sua teoria sobre os “acordos não totalmente teorizados”, segundo os quais, apesar dos desacordos, seria possível elaborar julgamentos aceitáveis.

6 OS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS

O pluralismo, marca das democracias modernas em sua complexidade, sugere um aparente paradoxo: como, em um sistema político pautado em ideais de deliberação e de autogoverno, pode ser possível o constitucionalismo, se os cidadãos em sua heterogeneidade frequentemente discordam sobre as questões mais cruciais para a sociedade?

Nas sociedades contemporâneas (heterogêneas) a existência das mais diversas culturas, os valores, posições morais e políticas parecem ameaçar a ordem constitucional e estabilidade social. Os indivíduos discordam sobre questões de direito, de liberdade, de igualdade, e sobre como seria uma boa vida, estas e muitas outras questões se transformam em um verdadeiro obstáculo para os juízes e o processo de tomada de suas decisões.

Diante desse grave problema, Cass Sunstein (2001; 2007) sugere que os acordos não totalmente teorizados colaboram para a elucidação sobre como membros de diversos grupos chegam a um respeito mútuo sobre o justo e o devido, dessa forma, possibilitando a existência do direito constitucional e da própria constituição, mesmo em países cujos povos discordem sobre as questões mais fundamentais que forma muma determinada sociedade.

Sunstein sugere que há dois tipos de acordos não totalmente teorizados, em uma sociedade marcada por desavenças cruciais: o primeiro tipo se refere aos acordos não totalmente teorizados sobre formulações abstratas, tal como a liberdade de expressão e a igualdade perante a lei (SUNSTEIN, 2007); acordos desse tipo são fundamentais para o processo de elaboração constitucional. O segundo tipo se refere aos acordos não totalmente teorizados sobre questões concretas, práticas individuais; tal tipo de acordos é importante para a lei, constituição, e para a vida em sociedade. Sunstein (2001; 2007) acredita ser difícil que pessoas, ou grupo, teorizem completamente sobre determinada questão. Teorizar um assunto significa aceitar uma teoria geral e as conclusões concretas implicadas pela mesma; para o autor, é raro isso acontecer, no entanto, ele defende que acordos não totalmente teorizados poderiam ser uma alternativa viável à estabilidade social e jurídica, na medida em que:

As pessoas muitas vezes podem concordar com as práticas

constitucionais, e até com os direitos constitucionais ainda que não concordem com as teorias constitucionais por trás destes. Em outras palavras quando funcionam bem as normas constitucionais tentam resolver problemas através de acordos não totalmente teorizados. (SUNSTEIN, 2007. p. 1)⁹

Por teoria geral, entende-se valorar o direito com um alto nível de abstração e decidir os casos observando-se os fundamentos estabelecidos pela teoria. O tipo de acordo aqui estudado estabelece que, ao se envolverem abstrações aceitas em meio a grandes desentendimentos em casos particulares, as pessoas podem aceitar um princípio geral sem necessariamente aceitar todas as implicações do mesmo em casos concretos. Dessa forma, é possível, a título de exemplo, que as mesmas pessoas que não cheguem a um acordo sobre um discurso de incentivo à violência, podem aceitar um princípio geral de liberdade de expressão: mesmo não concordando com o relacionamento homossexual, podem aceitar um princípio abstrato de não discriminação (SUNSTEIN, 2007).

Para Sunstein (2007) a constituição só é concebível por meio desse tipo de acordo não totalmente teorizado. A constituição tanto protegeria os princípios mais abstratos e muitas vezes como seria dúbia sobre a exata implicação dos princípios; a determinação do significado desses princípios é interpretativa e tomada com base em um caso concreto. Assim sendo, o processo de produção constitucional se tornaria viável em decorrência dos acordos não totalmente teorizados, pois os mesmos evitam grandes conflitos na edição das leis. Entretanto, algumas vezes, os acordos não totalmente teorizados envolvem resultados concretos ao invés de abstrações; em casos difíceis, as pessoas podem concordar com a constitucionalidade, ou não, de certa prática, ainda que as teorias que fundamentam os seus diversos posicionamentos sejam divergentes, ajudando a dar um sentido à lei. Uma discussão sobre o que seria mais importante, a igualdade ou a liberdade, seria um exemplo desse tipo de acordo. Sunstein (2007) acredita que, em discussões difíceis sobre abstrações, uma descida conceitual reduziria o nível de abstração e possibilitaria às partes envolvidas chegarem a um senso comum, a descida conceitual:

⁹ My basic suggestion is that people can often agree on constitutional practices, and even on constitutional rights, when they cannot agree on constitutional theories. In other words, well-functioning constitutional orders try to solve problems through incompletely theorized agreements.

Demanda silêncio sobre certas questões básicas, como um dispositivo para a produção de convergência apesar do desacordo, da incerteza, dos limites de tempo, de capacidade, e de heterogeneidade. Em suma, o silêncio pode ser uma força construtiva. Os acordos parcialmente teorizados são uma importante fonte para sucesso do constitucionalismo e para estabilidade social, pois eles também fornecem uma maneira para que as pessoas demonstrem respeito mútuo. (SUNSTEIN, 2007. p. 02)¹⁰

Como exemplo, pode-se pensar no seguinte contexto: é possível que em certa sociedade as pessoas acreditem que se deva proteger a liberdade religiosa, mas tendo diversas teorias sobre o fundamento disso; pode ser que alguns acreditem nisso enquanto fato de paz social, já outros podem pensar que a liberdade religiosa se fundamenta na dignidade da pessoa humana, também há quem possa se valer do modelo utilitário ou do kantiano, ou de tantos outros para justificarem seu julgamento. Contudo, é possível que as regras e os princípios de um nível médio de abstração sofram esse tipo de acordo não totalmente teorizado, havendo, pois, uma teoria geral por trás do mesmo.

Novamente retomando Sunstein (2007), tem-se que é possível que as pessoas concordem com um resultado, mesmo não existindo uma teoria ampla para justificar os seus fundamentos: é possível concordar com a noção de expansão de um corpo quando aquecido sem ser sabido o porquê disso acontecer, por exemplo.

A moralidade e o direito procedem da mesma forma: julgamentos morais razoáveis podem ser atingidos, mesmo que as pessoas não consigam explicá-los completamente, tal como ocorre com aqueles que condenam a escravidão não sabendo explicar o motivo (SUNSTEIN, 2007). Juízes podem acreditar que um governo que pune a livre manifestação religiosa age de forma ilegal, sem, no entanto, saberem exatamente e em sua completude a razão desse princípio valer como lei. Diante dessa realidade, Sunstein formula uma regra: “Podemos, assim, oferecer um ponto epistemológico: as pessoas podem saber que X é verdadeiro, sem saber por que inteiramente X é verdadeiro” (SUNSTEIN, 2007. p. 04).¹¹ Esse fato o autor denomina de acordos não totalmente teorizados

¹⁰: It enlists silence, on certain basic questions, as a device for producing convergence despite disagreement, uncertainty, limits of time and capacity, and heterogeneity.

¹¹We may thus offer an epistemological point: People can know that X is true without entirely knowing why X is true.

sobre resultados concretos.

Os acordos não totalmente teorizados sobre questões concretas não implicam que no direito não seja possível a fundamentação por teorias profundas. O importante é demonstrar que, quando os indivíduos discordam sobre uma teoria geral, os acordos não totalmente teorizados são possíveis após uma descida conceitual capaz de promover uma convergência em questões particulares; aqui se apresenta o fenômeno do uso construtivo do silêncio, implicando em dizer que o silêncio pode ser utilizado como um mecanismo de produção de conformação social, apesar de todas as vicissitudes. O silêncio sobre pontos de vistas diversos possibilita a atuação de acordos não totalmente teorizados, na medida em que desacordos em larga escala são resolvidos.

Em uma sociedade democrática heterogênea, marcada por uma pluralidade de concepção de valores, é vital para o direito encontrar métodos por meio dos quais seja tanto possível obter acordos quando necessário como torná-los desnecessários quando os mesmos forem de difícil alcance (SUNSTEIN, 2007). As normas constitucionais muitas das vezes são capazes de resolver de forma satisfatória o conflito apresentado: muitas vezes indivíduos concordam com regras constitucionais ditas sem concordar em diversas outras coisas, sendo que são os julgamentos individuais que atribuem significado e qualidade a tais regras (SUNSTEIN, 2007).

O indivíduo médio se utiliza de referências analógicas para raciocinar sobre casos constitucionais, os quais podem implicar em desacordos persistentes ou incertezas sobre o que é justo ou o que é exigido pela moralidade. Por analogia, usa-se como parâmetro certos casos consolidados pelo direito e os aplicam em casos considerados difíceis (SUNSTEIN, 2007). Tanto as regras quanto as analogias muitas vezes podem fazer com que indivíduos e operadores do direito constitucional convirjam para princípios intermediários e resultados concretos sem que, no entanto, seja adotada uma teoria ampla para fundamentá-los. Pode-se pensar, em certa medida, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como exemplo: “De fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi produzida através de um processo semelhante com uma recusa em se envolver alta teoria e sim um esforço para construir entendimentos generalizados” (SUNSTEIN, 2007, p. 07).

O que Sunstein (2007) pretende ao abordar regras e analogias é demonstrar que um julgamento em favor de um conjunto de direitos pode emergir, apesar do desacordo ou incertezas sobre os fundamentos desses direitos.

Ainda ao abordar a analogia, Sunstein (2007) acredita que ela é capaz de revelar a hipocrisia e a confusão de um argumento e até mesmo de mostrar como em algum caso específico a defesa de um argumento com o qual os debatedores concordem pode mudar drasticamente, sendo, em outros casos específicos, desacordos. Uma técnica argumentativa habitual é mostrar a inconsistência entre a afirmação de alguém sobre o caso X, sendo observadas as opiniões sobre caso Y. (SUNSTEIN, 2007. p. 8).

Sunstein (2007) defende que, em um pensamento analógico, as teorias gerais não se aplicam; já no direito constitucional, se uma teoria geral fundamenta um resultado particular, não é usual que a mesma fundamente outros resultados particulares em disputa.

Apesar de não se valer de teorias gerais profundas, o pensamento analógico não pode utilizar a razão de um caso concreto em outro caso concreto sem se utilizar um pouco de abstração: deve invocar uma razão principiológica ou política capaz de dizer que o caso A foi decidido da maneira adequada e que, portanto, se aplica, ou não, a mesma razão no caso B (SUNSTEIN, 2007). O modelo apresentado seria ideal em um sistema legal constituído por inúmeros juízes que discordem de princípios fundamentais e que devem tomar determinado ponto como ponto de partida para chegarem a uma decisão.

O processo parece funcionar em cinco passos simples. (1) Alguns fatos matriz A têm certas características, nomeadas de X, Y e Z. (2) Fato matriz B tem característica X, Y e A, ou características X, Y, Z, e A. (3) A é tratado de certa maneira em lei. (4) Alguns princípios, criados ou descobertos no processo de pensar A e B, e suas inter-relações, explica, por que A é tratado da maneira que ele é. (5) Por causa do que ele compartilha em comum com A, B deve ser tratado da mesma maneira. Ele é encoberto pelo mesmo princípio (SUNSTEIN, 2007. p. 9).¹²

Deve-se atentar ao fato de o raciocínio analógico não ser uma forma de

¹² The process appears to work in five simple steps. (1) Some fact pattern A—the “source” case—has certain characteristics; call them X, Y, and Z. (2) Fact pattern B—the “target” case—has characteristic X, Y, and A, or characteristics X, Y, Z, and A. (3) A is treated a certain way in law. (4) Some principle, created or discovered in the process of thinking through A, B, and their interrelations, explains why A is treated the way that it is. (5) Because of what it shares in common with A, B should be treated the same way. It is covered by the same principle.

dedução (SUNSTEIN, 2007), pois ele não se procede sem a identificação de uma ideia que rege um padrão ou uma regra com o intuito de explicar os resultados, sendo que essa ideia não é apresentada com antecedência. É justamente o raciocínio analógico que identifica a ideia regente do caso, ao contrário da dedução. O raciocínio analógico utilizado no direito constitucional opera sem a teoria geral profunda, para representar os casos particulares. Os juízos que fundamentam as convicções sobre um caso são não totalmente teorizados; e isso não implica que, em alguns casos difíceis, pessoas não utilizam princípios. Para tal, Sunstein sugere que:

As pessoas que utilizam de analogia em direito constitucional tentam evitar as abordagens que se aproximam de uma teoria profunda ou fundacional. Os acordos em meio à heterogeneidade são possíveis, por essa razão. (SUNSTEIN, 2007. p. 10)

Mediante o exposto, pode-se resumir a ideia dos acordos não totalmente teorizados, a sua estreita relação que com a constituição e com a sociedade em geral na medida desta forma: é muito raro para uma pessoa ou um grupo teorizar por completo qualquer assunto, isto é, aceitar tanto uma teoria geral e uma série de etapas que ligam essa teoria a conclusões concretas. Assim sendo, muitas vezes, tem-se um acordo não totalmente teorizado sobre um princípio geral, a não totalidade da teorização se refere justamente ao fato de que as pessoas que aceitam um princípio não necessariamente concordam com o que ele implica em casos particulares.

Pode-se afirmar que os acordos não totalmente teorizados tenham particular relevância em uma sociedade heterogênea pautada em uma democracia deliberativa, pois são instrumentos capazes de gerar estabilidade social, amenizando as divergências fundamentais na sociedade e, assim, possibilitam a consolidação de uma constituição; permitem a convivência em uma sociedade plural, por promoverem a reciprocidade e o respeito mútuo na medida em que as regras e os princípios de baixo nível tornam desnecessário resolver as divergências fundamentais entre os indivíduos. Para a noção exposta, revisita-se Sunstein:

Se reciprocidade e respeito mútuo são desejáveis, segue-se que os funcionários públicos ou juízes, talvez até mais do que as pessoas comuns, não devem desafiar os compromissos mais profundos e mais marcantes de seus concidadãos, pelo menos se esses compromissos são razoáveis e se não houver necessidade de fazê-lo. De fato,

podemos ver uma espécie de caridade política na recusa de contestar esses compromissos quando a vida pode prosseguir sem qualquer controvérsia. (SUNSTEIN, 2007. p. 13)¹³

Os acordos não totalmente teorizados são capazes de reduzir o custo político de desacordos que se mostram persistentes, pois esses acordos visam a rejeitar teorias gerais, logo, possibilita aos perdedores em casos concretos continuarem a acreditar em seus valores e em sua teoria geral – até mesmo possibilitam que, em outro caso concreto, seus valores e sua teoria geral justifiquem uma vitória. Por fim, (IV) tais acordos são importantes para a evolução moral e para a progressão da sociedade e dos indivíduos ao longo do tempo.

Pelos motivos apresentados e tendo como base uma democracia deliberativa, pode-se dizer que os acordos não totalmente teorizados devem priorizar uma atuação política mínima por parte dos juízes, o que reduziria o custo político da decisão dos mesmos; permitiriam esses acordos que as pessoas demonstrassem tolerância e respeito mútuo entre si, frente à consciência de uma efemeridade e à falibilidade de verdades individuais, ampliando qualitativamente e quantitativamente o discurso público por meio da inserção de posições divergentes.

Uma interpretação política mínima dos tribunais e a adoção de acordos não totalmente teorizados se justificam, também, devido ao fato de os valores de uma sociedade mudarem de forma significativa e frequentemente – esse fato, a existência de mudanças, torna a teorização completa obsoleta. Soma-se ao exposto o fato de juízes serem homens que possuem capacidade e tempo limitados: não são como o juiz Hércules de Dworkin, que possui capacidades sobre-humanas; a teorização completa sobre uma questão é inacessível à boa parte dos magistrados, e, ainda que não fosse, correriam o risco concorrer a manter como imutáveis valores na sociedade.

Apesar de defensor dos acordos não totalmente teorizados, Cass Sunstein não rejeita em alguns casos como necessária uma teorização mais profunda; à medida que um julgamento é mais profundamente teorizado,

¹³ If reciprocity and mutual respect are desirable, it follows that public officials or judges, perhaps even more than ordinary people, should not challenge their fellow citizens' deepest and most defining commitments, at least if those commitments are reasonable and if there is no need for them to do so. Indeed, we can see a kind of political charity in the refusal to contest those commitments when life can proceed without any such contest.

dispõe-se de uma maior quantidade de argumentos para o convencimento de pessoas, sendo que uma maior teorização pode ser necessária à prevenção de uma decisão tendenciosa. Sunstein (2007) acredita que os acordos não totalmente teorizados, ainda que estáveis e amplamente apoiados, podem esconder ou refletir injustiça, bem como acredita que seriam tolices defender que nenhuma teoria geral sobre lei ou direitos constitucionais pode produzir acordos e negar que algumas teorias gerais merecem apoio, ou ainda defender que acordos não totalmente teorizados exigem respeito independentemente do seu conteúdo.

Para o autor em questão (SUNSTEIN, 2007), exceto em situações incomuns, as teorias gerais são uma base indesejável para produção constitucional, para o direito constitucional e para os seres humanos, devido à falibilidade; a cautela e a humildade sobre as afirmações teóricas são adequadas, ao menos quando várias teorias podem levar à mesma direção, e as teorias mais gerais deveriam ser tratadas em esferas mais democráticas, tal como no Legislativo. Também, caso os tribunais, esferas menos democráticas, desenvolvam teorias gerais profundas, pode-se ensejar reformas sociais de larga escala não previstas na decisão (SUNSTEIN, 2007).

Para Sunstein (2007), a atividade judicial necessita de princípios elementares para resolver os casos; entretanto, não necessitam de teorias gerais. O sistema legal, composto de instituições sujeitas à limitação humana, requer uma teoria do direito particular que seja capaz de lidar com: a incerteza sobre as teorias abstratas, as profundas disputas sobre os direitos e a necessidade de resposta aos casos concretos que lhe são submetidos. Os acordos não totalmente teorizados seriam necessários para serem enfrentados tais problemas no contexto de uma esfera democrática deliberativa, sendo os princípios mais fundamentais de uma sociedade tratados em uma esfera não judicial.

Não cabe ao poder Judiciário, em uma sociedade democrática e deliberativa, estabelecer os valores fundamentais de uma sociedade. Ao interpretar a constituição para uma decisão em um caso concreto, o Judiciário parte de princípios elementares que deveriam conduzir os mesmos a acordos não totalmente teorizados, limitando a atuação dos tribunais. Existe, na teoria de Sunstein (2001), a necessidade de ser restringida a atuação política dos

tribunais, o autor reforçando tal argumento defendendo a teoria do minimalismo judicial, a qual será analisada adiante.

Por fim, destaca-se que acordos não totalmente teorizados ajudam a iluminar um duradouro quebra-cabeça constitucional e social: como membros de sociedade heterogênea podem concordar em termos de respeito mútuo entre discordâncias severas sobre valores fundamentais?

7 MINIMALISMO JUDICIAL, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E LIMITES À ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO

De modo geral e com grande frequência, as pessoas são orientadas por suas próprias crenças e convicções, ou muitas das vezes pelas crenças e convicções de outrem, ao estabelecer como deveriam se comportar, qual deveria ser o julgamento sobre determinado assunto, fatos, valores, políticas, questões jurídicas e etc, como demonstram os experimentos de Ash e Stoner.

Especificamente os juízes se encontram entre as pessoas que mais sofrem pressões sociais, podendo ter seu julgamento influenciado, seja por conformismo, por cascatas sociais ou pela polarização de grupos; uma vez que ideologias contribuem ao julgamento, esse está sujeito ao risco de ser injusto (SUNSTEIN, 2005).

Uma forma de combater o problema apontado se baseia na ampliação do número de argumentos e na diversidade dos mesmos na esfera pública (SUNSTEIN, 2005); porém, dentro do poder Judiciário é limitada tanto a entrada de informações como a diversidade, o que torna problemática a questão tratada, isso, pois, justamente a maior entrada de informação e a maior diversidade da mesma que tornaria mais provável uma lei ser mais adequadamente interpretada (SUNSTEIN, 1998): quando apoiada por pessoas divergentes, é mais provável que uma decisão seja adequada e não política, no sentido pejorativo (SUNSTEIN, 2005).

Diante do problema apresentado, os juízes deveriam agir de forma menos ambiciosa e com maior cautela, principalmente em questões difíceis, para as quais a melhor interpretação acerca de uma lei é algo controverso. Isso implicaria aos juízes o reconhecimento de sua limitação e também o reconhecimento da própria limitação da natureza do poder Judiciário; o próprio ideal de uma democracia deliberativa limitaria a atuação política dos juízes em prol de um minimalismo judicial apoiado, sobretudo, em acordos não totalmente teorizados.

7.1 O minimalismo judicial de Cass Sunstein

O minimalismo judicial é adotado por muitos juízes que, em teoria, não

possuem a pretensão de dizer e fazer mais do que o necessário à resolução de casos concretos. Os juízes minimalistas justificam suas decisões dizendo somente o necessário à resolução do caso, isso deixa em aberto as questões mais fundamentais e que envolvem as maiores controversas na sociedade.

Existem diferentes formas de minimalismo, mas todos compartilham de uma preferência por passos menos ambiciosos, em detrimento àqueles mais ambiciosos, favorecendo os acordos não totalmente teorizados orientados às teorias gerais, quando da justificação de suas decisões. Tal preferência opera em duas dimensões (SUNSTEIN, 2005).

A primeira dimensão: minimalistas favorecem decisões estreitas, em vez de decisões mais largas. Decisões estreitas não se aventuram muito além do problema em mãos e tentam focar as particularidades do litígio pendente no tribunal, e, além disso, não procuram estabelecer parâmetros e regras amplas e gerais para possíveis casos futuros.

Ao se depararem com uma escolha entre decisões estreitas ou amplas, minimalistas geralmente optam pelas primeiras, sendo lembrado que a diferença entre a estreiteza e a largura é a de grau, e não a de tipo (SUNSTEIN, 2005):

Entre as alternativas razoáveis, minimalistas mostram uma preferência persistente para as opções mais estreitas, especialmente em casos nas fronteiras do direito constitucional. Nesses casos, minimalistas acreditam que os juízes não dispõem de informações relevantes, pois eles não têm um sentido pleno das muitas situações em que possam aplicar uma regra ampla. Por esta razão, minimalistas temem os efeitos potencialmente prejudiciais de decisões que vão muito além do caso em questão. (SUNSTEIN, 2006. p. 362)¹⁴.

O grande temor dos minimalistas se baseia no fato de decisões de caráter mais largas tenderem a produzir erros que são, ao mesmo tempo, graves e de difícil reversão. Por isso, pode-se pensar que estreiteza é natureza especialmente desejável, por evitarem “colocar grilhões em questões futuras por pronunciamentos desnecessários hoje” (SUNSTEIN, 2006. p. 362).

Os Juízes minimalistas defendem que a não interferência em questões políticas por parte do Judiciário e a preferência por questões estreitas reduz o risco de decisões judiciais equivocadas imponham limites indesejáveis sobre os

¹⁴ Minimalists show a persistent preference for the narrower options, especially in cases at the frontiers of constitutional law. In such cases, minimalists believe that justices lack relevant information ; they do not have a full sense of the many situations to which a broad rule might apply

processos democráticos. Em muitos domínios, as pessoas sensatas dão pequenos passos, a fim de preservarem suas opções, conscientes de que grandes passos podem ter consequências inesperadas ou ruins, especialmente quando de difícil reversão. No Direito, decisões amplas podem produzir resultados a serem arrependidos pelos juízes:

Ao contrário de legisladores e administradores, os juízes muitas vezes não veem uma ampla gama de informações em questões particulares. A falta de informações sobre uma série de situações faz com que os juízes se encontrem muitas vezes em uma posição ruim para produzir decisões amplas (SUNSTEIN, 2006. p. 364).¹⁵

Decisões estreitas podem, portanto, reduzir os custos políticos da decisão, ao mesmo tempo que reduzem os custos de um eventual erro no julgamento. Juízes minimalistas, compreende-se, estão dispostos a viver com os custos e os encargos que podem resultar de incerteza em uma decisão, e não com os riscos de uma resolução prematura de questões difíceis.

A segunda dimensão pela qual opera a preferência pelo minimalismo é a seguinte: minimalistas buscam decisões que são superficiais, portanto, não profundas. Decisões superficiais tentam produzir justificativas e resultados com os quais diversas pessoas podem concordar, não obstante o seu desacordo ou a sua incerteza sobre as questões que possam ser mais fundamentais, ou seja: tentam evitar discutir o alcance e o significado dos princípios mais fundamentais e controversos na sociedade, (SUNSTEIN, 2006. p. 362).

Minimalistas buscam julgamentos e decisões que podem atrair apoio compartilhado de pessoas que estão comprometidas com um ou outro destes entendimentos fundamentais, ou que não tem certeza sobre os fundamentos do princípio da liberdade de expressão. A preferência minimalista para superficialidade pode ser aceita por aqueles que estão inclinados a uma ou outra consideração fundamental, mas acreditam que o melhor é a lei constitucional poder atrair o apoio de diversas pontos de vista. (SUNSTEIN, 2006. p. 362).

Ao se deparar com desacordos teóricos de difícil resolução, os juízes minimalistas, ao julgar, adotam uma regressão conceitual na esperança de serem convergidas as desavenças, quando da diminuição do grau de teorização.

A diferença entre estreiteza e superficialidade é que a primeira diz respeito à amplitude da decisão enquanto a segunda diz respeito ao nível de

¹⁵ Unlike legislators and administrators, judges frequently do not see a broad array of fact patterns. Lacking information about a range of situations, judges are often in a poor position to produce wide rulings.

ambição teórica (SUNSTEIN, 2006). A preferência minimalista pela superficialidade também está embasada em três considerações: as decisões superficiais, assim como as estreitas, simplificam os encargos da decisão – essa a primeira consideração. Pode ser extremamente difícil decidir sobre o que fundamenta um Direito Constitucional, as decisões superficiais tornam tais decisões desnecessárias (SUNSTEIN, 2006).

A segunda consideração é esta: as decisões superficiais podem evitar erros, assim como as estreitas; um julgamento em favor de uma ou de outra consideração fundamental pode muito bem produzir erros significativos, e, ao se adotar a superficialidade, é menor a propensão aos erros, simplesmente em virtude de seu “agnosticismo sobre as grandes questões do dia” (SUNSTEIN, 2006. p. 65), questões mais fundamentais e amplas. E isso, pois, possibilita a convergência de posicionamentos diferentes, reduzindo o conflito entre os mesmos. (SUNSTEIN, 2006).

Já terceira e última consideração que embasa a preferência minimalista pela superficialidade é esta: as decisões superficiais tendem a promover a paz social ao mesmo tempo que mostram um alto grau de respeito aos que discordam sobre grandes questões; em uma sociedade heterogênea, é geralmente útil assegurar aos cidadãos, na medida do possível, que seus próprios compromissos mais profundos não foram descartados fora dos limites da decisão do caso concreto. Ao realizar essa tarefa, decisões superficiais reduzem a intensidade dos conflitos, e aqueles que buscam a superficialidade demonstram respeito com compromissos fundamentais.

Certamente estreiteza e superficialidade possuem um lado perigoso: agir de forma estreita pode reproduzir imprevisibilidade e tratamento desigual, talvez –por tanta incerteza nas decisões, pode parecer violar o Estado de Direito (SUNSTEIN, 2006). Em muitos contextos, as regras são preferíveis aos princípios, a fim de se aumentar a clareza, de modo se instruir melhor as pessoas sobre seus direitos e suas obrigações. A título de exemplificação, nas áreas de contrato, pensados ato ilícito e direito de propriedade, estreiteza seria inaceitável, pois as pessoas exigem clareza nesses domínios; e, se as regras de propriedade e contrato não são claras, as pessoas não serão capazes de conduzir os seus assuntos com a certeza do que essas áreas demandam. Assim, na medida em que minimalistas primam pela estreiteza, ficam mais

vulneráveis, por essa teoria deixar aberturas no sistema.

A superficialidade, por sua vez, mesmo tendo certamente suas virtudes, apresenta certas questões merecedoras de reflexão. Se uma teoria profunda é correta, no sentido de ela refletir a abordagem adequada para a disposição constitucional, talvez juízes devessem adotá-la. Assim, por que eles deveriam se recusar a apoiar tal teoria adequada e adotar o minimalismo? A decisão superficial apresentada sob esse enfoque parece um grande erro, se uma abordagem mais ambiciosa, embora controversa, está realmente correta (SUNSTEIN, 2006). Certamente esse é um contraponto razoável à superficialidade.

Entretanto, a escolha pelo minimalismo judicial se baseia no fato de essa teoria ser capaz de propiciar segurança, estabilidade e convivência harmônica aos indivíduos de uma democracia deliberativa marcada pelo pluralismo. Isso se opera mediante os acordos não totalmente teorizados capazes de produzir julgamentos superficiais e estreitos que permitem a pessoas de valores fundamentais diferentes concordarem sobre certas questões não abdicando de seus ideais e também favorecendo maior estabilidade política.

O autor Cass Sunstein, em exame neste trabalho, além de apontar o aspecto de estreiteza e superficialidade, distingue uma face procedimental e outra substancial de sua teoria sobre o minimalismo judicial. Em primeiro lugar, o minimalismo processual implica um esforço para serem limitados o alcance e a ambição de decisões judiciais – devendo-se distinguir minimalismo processual de minimalismo substancial. Segundo, o minimalismo processual envolve um esforço para se emitirem decisões estreitas que não obriguem os resultados finais, mas decisões fruto da força de atores politicamente responsáveis; o Tribunal pode, por exemplo, recusar-se a resolver um problema difícil na esfera constitucional e decidir de forma mais estreita: possibilitar ao Congresso uma intrusão em interesses constitucionalmente relevantes.

O minimalismo procedimental refere-se às peculiaridades institucionais do poder Judiciário. O tribunal ao decidir um caso não deveria utilizar argumentos filosóficos profundos e polêmicos, deveria ater-se a uma forma restrita: deixa muito por decidir ao fundamentar as decisões concretas.

Nessa faceta do minimalismo, a corte se reconhece como promotora dos

ideais democráticos deliberativos, ou seja, favorece a discussão e o debate na esfera pública. Em suma, o minimalismo procedimental sugere que os juízes evitem fundamentar as decisões com teorias abstratas tomadas como corretas.

A adoção de um minimalismo procedimental não implica a defesa de uma regra da maioria, isso se deve ao fato da vinculação do minimalismo com a democracia constitucional deliberativa.

Assim, o minimalismo procedimental não se confunde com o procedimentalismo analisado no capítulo 1 deste presente trabalho; para os procedimentalistas, de uma forma em geral, e, sobretudo o procedimentalismo de Ely, os valores substantivos de uma sociedade dependem de uma escolha advinda de uma deliberação democrática pelos representantes do povo, a saber: o poder Executivo e, principalmente, o poder Legislativo. Entretanto, os juízes minimalistas reconhecem a existência de valores substantivos vinculados à constituição, o que faz com que eles não aceitem irrestritamente o majoritarismo, sendo que algumas vezes atuam de forma contramajoritária invalidando algumas leis.

A abordagem minimalista reduz a sobrecarga sobre a tomada de decisão em se tratando de tempo e de informação, pois o esforço para alcançar acordos profundos não seria necessário. E, ao deixar questões em aberto reduz os riscos de consequências não previstas pelos julgadores.

Já a face substancial do minimalismo se faz necessária por ser ela a responsável por fixar um consenso relativo aos valores constitucionais garantidos, independentemente de discussão ou de decisão por parte de uma maioria. Ou seja, em uma sociedade, os direitos constitucionais seriam as garantias firmadas que não poderiam ser ignoradas e nem combatidas pela maioria política; nesse rol de direitos e compromissos partilhados está o direito ao voto, ao dissenso político, à proteção contra prisão injusta, à liberdade religiosa, ao direito à propriedade e à não subordinação por questão de sexo ou raça, dentre outras que se encontram em constante processo de transformação (SUNSTEIN, 2001).

O fato do minimalismo prezar por decisões de natureza superficial e estreita evitando o posicionamento político e moral não implica que não devam respeitar e garantir os direitos fundamentais. Em uma democracia deliberativa heterogênea, pautada em um ideal de amplo debate e transparência na esfera

publica, as decisões judiciais devem ser legítimas, e, para tanto, é necessário que o processo decisório seja conduzido pela deliberação pública; isso implicaria em questões relacionadas aos valores substantivos de uma determinada sociedade serem elencadas e organizadas de acordo com o processo político-democrático.

Contudo, para a concretização desse ideal é mister assegurar uma igualdade política aos membros, de modo que possam alcançar a participação, sendo capazes de apresentar argumentos na esfera pública e no processo de tomada de decisões, sendo também necessário que essa esfera de discussão seja pública. Dessa forma, para o minimalismo judicial seria indispensável funcionamento de uma democracia deliberativa, efetivamente, a promoção de um descenso político e a garantia de igual participação no discurso dos indivíduos participante (SUNSTEIN, 2005).

Aliás, no contexto apresentado, é desejável que as decisões mais fundamentais de uma sociedade sejam tomadas por autoridades legitimadas politicamente, implicando em dizer que, em se tratando de assuntos de natureza política, o poder Legislativo deveria ser o poder “mais legítimo” para atuar, permanecendo assim tais questões em fórum privilegiadamente político, e não vinculadas aos poderes Executivo e Judiciário.

Como visto anteriormente, questões políticas, quando resolvidas no Legislativo, asseguram ao discurso público ser melhor qualitativa e quantitativamente, mediante, pois, uma maior diversidade de argumentos e de perspectivas – assim haveria maior qualidade nas decisões geradas. Para o minimalismo, em uma democracia deliberativa, os processos de conformação social, a polarização de grupos e as cascatas sociais podem ser amenizadas por meio da promoção do dissenso, gerando-se um grande benefício na teoria minimalista, que minimiza fenômenos que comprometam a qualidade do discurso público e das decisões judiciais equivocadas.

O compromisso com a igualdade política e com a discussão em uma esfera pública implica, em uma democracia deliberativa, faz com que a deliberação seja baseada em argumentos racionais e não na força ou em interesses particulares; a argumentação racional resultante desse processo não poderia validar crenças religiosas ou valores individuais (SUNSTEIN, 2005). Surge então o seguinte questionamento: diante de tal compromisso da

democracia deliberativa, como as instituições deveriam ser concebidas? E, particularmente interessante ao presente trabalho, cabe também indagar como os tribunais deveriam se comportar com o intuito de promover os ideais da democracia deliberativa (SUNSTEIN, 1994)?

Cass Sunstein, em seu minimalismo judicial, acredita que em um sistema democrático-deliberativo deve-se garantir, por meio de processos representativos, que sejam levadas em consideração novas ideias, havendo abertura ao reconhecimento de mudanças de interesse presentes em uma sociedade.

Assim sendo, a resposta para o minimalismo consiste em acordos não totalmente teorizados como forma desejável, mediante a qual os tribunais deveriam se comportar; para essa teoria, os juízes deveriam se identificar como participantes de um sistema baseado em deliberação democrática, e, principalmente, reconhecerem que “decisões de cunho fundamental são melhor elaboradas de forma democrática, e não de forma judicial” (SUNSTEIN, 1998, p. 8).

Caberia então ao Judiciário primar pela garantia de um processo democrático. O minimalismo possibilitaria, envolvendo a adoção dos acordos não totalmente teorizados, uma argumentação legal capaz de estabelecer coesão em uma sociedade marcada pelo pluralismo e por profundas divergências quanto os valores mais fundamentais, bem como ocorreria uma abertura do processo político, para que esse fosse adaptável ao passo que se transforma a sociedade. Com a ocorrência do processo exposto, as questões legais estariam sempre se adaptando de acordo com as novas perspectivas e ideais de uma sociedade em permanente mudança; logo, os juízes, para os minimalistas, não teriam, em regra, que se posicionar politicamente em controversas de maior repercussão social.

O minimalismo, neste trabalho analisado, parece uma teoria promissora por justamente favorecer os juízes: limitados pelo tempo e por conhecimento específico/restrito a julgar sem se fazer necessário grande domínio de teorias filosóficas gerais e complexas, capazes de solucionar divergências morais e teóricas de um alto grau de profundidade e complexidade; que se deparam com um número crescente de casos em pouco tempo para a resolução dos mesmos.

Vê-se, então, que o minimalismo, ao adotar decisões estreitas e superficiais mediante acordos não completamente teorizados, permite uma maior celeridade à decisão, pois o julgador não possui a ambição de construir teorias gerais que se apliquem a casos futuros, limitando-se ao caso em questão. Ademais, mediante uma ampla gama de princípios constitucionais, com os quais as demandas se relacionam, a escassez de tempo constrói terreno fértil para decisões equivocadas; o minimalismo propiciaria justamente uma tomada de decisão consideravelmente mais célere e menos sujeita a equívocos, sendo as decisões estreitas e superficiais.

Ainda, pela adoção do minimalismo, é possível que o julgador adote um posicionamento sem refutar pontos de vista divergentes dentro da própria corte, daí resultando a convivência e o mútuo respeito entre os membros, evitando-se que os membros de um tribunal discordem e encontrem divergências profundas sobre questões fundamentais .

Por fim, o minimalismo reduz o custo político das decisões, na medida em que prima por uma atuação menos ambiciosa do Judiciário, o qual limita suas decisões a fim de julgar apenas os casos concretos, sem a ambição de um alcance geral – favorece-se assim a discussão sobre as questões e as decisões políticas primordialmente em esferas públicas, que são capazes de concentrar uma maior variedade de argumentos e uma maior diversidade dos mesmos.

Dessa forma, decisões menos equivocadas são tomadas, pois, via de regra, o Judiciário teria sido amplamente estudado como passível de ser influenciado pelo processo de conformismo, pela polarização de grupos e pelas cascatas sociais, processos que podem interferir na posição individual e na deliberação dos indivíduos. Cabe lembrar que os juízes também estão sujeitos a todas essas influências e pressões sociais (SUNSTEIN, 2005).

O Judiciário ao tentar encontrar uma melhor interpretação de determinada lei pode, pelos fatos supra apresentados, chegar a julgamentos equivocados e que não se identifiquem com a convicção da maioria dos membros da sociedade. Mediante o exposto, uma postura proeminente politicamente e posturas ativistas judicialmente impedem o debate público e enfraquecem diretamente o ideal mais caro à democracia: o autogoverno. O minimalismo judicial, frisa-se, por meio dos acordos não totalmente teorizados,

torna possível a promoção dos valores mais desejados em uma sociedade democrática plural, não comprometendo o processo de deliberação contínua na esfera pública e com menor chance de o Judiciário chegar a decisões equivocadas – sendo os erros que por ventura os juízes minimalistas cometeriam menos graves à sociedade em virtude do seu custo político (SUNSTEIN, 2001).

7.2 Limites da atuação judicial

Devido à textura aberta, as normas jurídicas sempre se revelarão indeterminadas no momento da sua aplicação. Os preceitos constitucionais são diretrizes para julgamentos do judiciário também é de textura aberta, ou seja, esperam ser preenchidos com valores e escolhas de uma determinada sociedade em uma determinada época.

A textura aberta é decorrente da utilização de termos classificatórios gerais. Devido à limitação humana do legislador se torna impossível fazer normas tão completas que nunca gerem dúvida quanto a sua aplicação. Além disso, não se tem conhecimento de todas as possíveis circunstâncias que existem, muito menos das que venham a existir futuramente.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos aplicadores de direito, os quais devem determinar o equilíbrio, a luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso, afinal o mundo jurídico não está fechado e é necessário dar dinamismo ao direito. (HART, 1986. P.148)

Tendo isso em vista, quando um tribunal ao interpretar invalida uma norma legal, estaria substituindo o julgamento político pelo judicial (SUNSTEIN, 1998). Os juízes no ato de interpretar as normas constitucionais não são dotados da qualidade de um juiz Hércules, como o proposto por Dworkin, Eles não tem a capacidade de traduzir qual a melhor resposta dentre os valores morais e políticos de uma determinada sociedade em uma determinada época. Como se fosse possível em uma sociedade marcada pela heterogeneidade, dissenso e pressões sociais elencar valores mais adequados.

Tomando como referencia uma democracia deliberativa, não é desejável que o poder judiciário seja incumbido de decidir sobre os valores mais fundamentais de uma sociedade. O minimalismo de Sunstein prima por uma atuação de uma esfera pública ativa em se tratando de interpretar quais os valores da sociedade.

O juiz minimalista, proposto por Sunstein (1998, 2005), tem a consciência que o ativismo judicial e a atuação política de sua parte, enfraquecem os processos políticos e conseqüentemente a democracia. Assim, os tribunais devem emitir decisões que contemplem os acordos não totalmente teorizados como forma de interferência mínima em questões públicas que envolvam os valores mais caros de uma sociedade. Ao decidir de tal forma, há uma abertura para a deliberação na esfera pública.

O minimalismo prioriza, também, que os julgamentos de uma sociedade sejam tomados por órgãos que demonstrem maior representatividade democrática, em outras palavras, representantes eleitos.

Como forma de conseguir alcançar suas ambições e assim limitar a atuação política do judiciário, as cortes deveriam adotar um posicionamento estrito e superficial, se ausentando de posicionamento político, especialmente em questões de grande repercussão social e em questões as quais pairam incertezas políticas.

Isso, pois, a menos que existam argumentos democráticos relevantes, não se deveriam invalidar os julgamentos feitos por esferas políticas legítimas (SUNSTEIN, 1998). Sendo assim, os tribunais por vezes deveriam defender que em se tratando de determinadas decisões, seria o legislativo e não o judiciário quem deveria se posicionar, ao agir dessa forma os juizes minimalistas estaria promovendo a responsabilidade política e a argumentação e a deliberação democrática.

Além disso, o minimalismo pode contribuir para a redução dos custos gerados por decisões e também pode reduzir os custos de decisões equivocadas. A limitação de tempo e conhecimento torna a decisão algo difícil e capaz de impor um alto custo a atividade jurisdicional. Um problema em específico é que o judiciário tem dificuldade de prever conseqüências negativas em virtude de seus julgamentos, o juiz ao julgar é incapaz de prever os efeitos sistêmicos e complexos de sua decisão. Em se tratando de decisões

equivocadas, uma decisão ampla hoje pode se mostrar equivocada no futuro. Adotar uma postura lenta e evolutiva, baseados em pequenos ganhos caso a caso, poderia produzir menos erros (SUNSTEIN, 2001).

Aqui cabe uma advertência, o minimalismo não é sempre apropriado, não deve ser aplicados por todos os juízes a qualquer tempo. Não é possível afirmar em abstrato o que é melhor ou pior. Uma crítica que poderia ser aplicada: decisões minimalistas estariam simplesmente transferindo os custos para tribunais futuros e as incertezas de como se comportar por parte dos participantes podem aumentar o custo político uma vez que não antecipam de forma clara e definida questões em debate.

Certamente, decisões não minimalistas seriam desejáveis democraticamente por determinarem com clareza o conteúdo e a extensão dos direitos mediante uma interpretação dos valores morais compartilhados por uma sociedade. Entretanto, não há uma certeza sobre a correção dessas decisões.

Uma crítica bastante contundente ao minimalismo se baseia no fato que ao adotar decisões minimalistas deixando a esfera pública por posicionar-se, é possível que um grupo bem organizado podem viciar os processos deliberativos desejáveis.

Assim, a escolha do minimalismo depende de considerações pragmáticas. Seria aceitável rejeitar o minimalismo em favor de uma alternativa se essa se mostrar razoável e se reduzir os custos das decisões ou se demais decisões produzirem equívocos. O minimalismo ainda seria não adequado caso o Tribunal Superior elaborasse com primor boas teorias ou caso os processos democráticos não se mostrem deliberativos e não são eficazes em utilizar as informações disponíveis. (SUNSTEIN, 2001).

O minimalismo se apresenta como melhor alternativa se tratando de casos que envolvem questões de fundamentais e profundas envolvendo os valores que provocam inúmeros desacordos na sociedade. Ou ainda, quando a decisão puder ser mal compreendida em análises futuras, ou quando as precondições de um autogoverno não estão em risco e, finalmente, quando é improvável que objetivos democráticos sejam alcançados por meio de julgamentos peremptórios (SUNSTEIN, 2001).

Entretanto, quando há uma necessidade de planejar uma determinada

questão ou quando o tribunal está consideravelmente seguro com relação ao alcance da decisão, ou ainda se forem promover condições democráticas, decisões não minimalistas podem ser desejáveis.

Cass Sunstein (2001) acredita que um dos argumentos mais fortes que pesa a favor de postura minimalista reside no fato de que a maioria das questões difíceis no direito constitucional não podem ser resolvidas razoavelmente por meio de uma decisão com ambição de resolver todas as disputas futuras sobre a questão. É o caso de questões que envolvem o homossexualismo, aborto, ações afirmativas, liberdade religiosa, liberdade de expressão, direito de morrer, dentre outras. Juízes minimalistas ao adotar decisões estreitas e superficiais reconhecem que suas decisões podem não estar corretas sobre as questões mais profundas da sociedade democrática deliberativa, garantindo uma grande liberdade ao posicionamento frente a uma sociedade plural.

8 CONCLUSÃO

A partir de uma revisão de literatura sobre o fenômeno de expansão política do poder judiciário foi possível identificar como o poder judiciário, em especial no Brasil, tem sido utilizado como palco de disputas políticas sobre as questões mais fundamentais e profundas na sociedade, envolvendo grande comoção social.

No primeiro capítulo pode-se concluir como o judiciário, conforme alguns autores demonstram, parece que se tornou o ultimo reduto político moral da sociedade, e a participação política, cada vez mais freqüente, deste poder gerou uma aparente contradição com o ideal clássico de democracia, e uma anomalia para a teoria da separação dos poderes.

Ainda no primeiro capítulo, foi estudado as origens da judicialização da política, concluiu-se que tal fenômeno não é recente, a maioria dos estudos sugere que o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, influência diretamente o surgimento atuação política do judiciário, vale ressaltar que Tocqueville, já em já verificou a interferência política por parte do judiciário norte-americano.

Viu-se no segundo capítulo como se deu a expansão global do poder judicial, analisou-se como o fim da união soviética permitiu a consolidação dos Estados Unidos como referência de sistema e nação em todo o mundo. Na mesma época houve uma adoção do controle de constitucionalidade, baseado no sistema americano, bem como de tribunais constitucionais por varias nações.

Outro fator importante para o fortalecimento do judiciário foi a declaração universal dos direitos humanos, a qual conferiu ao judiciário um aspecto de atuação política pois deste se espera a implementação e garantias dos direitos fundamentais. No Brasil, a constituição de 1988 e a implementação de novos direitos e a ampla gama de instrumentos que garantem o acesso ao judiciário, expandiram a participação política do judiciário.

O conceito de judicialização da política, e sua diferenciação de termos correlatos foi estudado, ainda, no capítulo dois. Concluiu-se que a judicialização da política pode ser entendida como uma utilização de métodos típicos da decisão judicial na resolução de demandas na arena política seja

pelo controle de constitucionalidade ou na constitucionalização de direitos. Por sua vez o termo correlato “ativismo judicial”, se difere substancialmente de judicialização da política. Isso pois, o ativismo judicial se refere a uma postura proativa e expansiva do interprete da constituição, potencializando o sentido e o alcance das normas para além do que foi estabelecido pelo legislador.

No terceiro capítulo, buscou-se apresentar argumentos favoráveis e contrários a interpretação política pelo poder judiciário. Para isso foi apresentado duas correntes: o eixo substancialista e o eixo procedimentalista. Chegou a conclusão que o eixo substancialista, defendido por Dworkin e por Cappelletti, prima mais pelo conteúdo substancial das decisões do que pelo processo de formação da vontade.

Pelo exposto, tem-se que esse eixo defende a intervenção política do judiciário, isso, pois, acreditam que o judiciário não deve assumir uma condição passiva diante da sociedade, devendo garantir a efetividade da constituição e a implementação dos direitos fundamentais, para isso o ato de interpretar que é complexo, envolve questões de direito, moral política e ate mesmo um ideal de justiça.

Ao contrario do eixo substancialista, os procedimentalistas, Habermas e Garapon, é contrario a posição de interferência dos tribunais de modo proeminente em questões políticas. Isso pois, a corte constitucional deveria limitar-se, entender a si mesmo como guardião de um processo legislativo democrático que busca uma cidadania ativa, e não de um rol de valores substantivos.

Na segunda parte do trabalho, buscou-se apresentar a teoria minimalista de Cass Sunstein e as bases que fundam a mesma, tomando como base uma democracia deliberativa.

No capítulo quatro, abordou-se como nas sociedades contemporâneas o pluralismo é uma marca profunda. Nestas sociedades a pluralidade de visões morais, jurídicas e de valores, implica em grandes desacordos ao deliberar sobre uma questão. Isso configura um serio problema para um sistema democrático-deliberativo pois, a deliberação deve responder a desacordos políticos e garantir instituições que primem pela decisão racional e razoável no debate público.

Então é necessário promover uma esfera pública ampla e participativa, o

minimalismo judicial ao reduzir o papel ativo do poder judiciário e possibilitar a convivência mútua frente à pluralidade de concepções se torna uma alternativa viável nas sociedades atuais.

No capítulo quinto é abordado à temática das pressões sociais as quais o indivíduo, e também os juízes, estão submetidos ao formarem seus julgamentos individuais. O conformismo, as cascatas sociais e a polarização de grupos são capazes de produzir efeitos catastróficos na evolução moral da sociedade e para a democracia deliberativa. Isso pois, os processos de conformação social podem conduzir julgamentos e opiniões morais e políticas e jurídicas, diversas das opiniões privadas iniciais, o que poderia levantar dúvidas quanto ao valor da deliberação.

Para combater os eventos danosos das pressões sociais é necessário que as sociedades promovam o dissenso. O dissenso seria capaz de promover a multiplicidade de perspectivas e informações para serem ouvidas na esfera pública. A heterogeneidade de argumentos e informações no judiciário permitiria se construir uma deliberação mais razoável e capaz de corrigir o potencial maligno das pressões sociais e da polarização de grupos dentro de tribunais. Ainda, a pluralidade de argumentos e informação se mostram mais viáveis em fóruns democráticos do que judiciais, por esta razão, as questões políticas fundamentais não deveriam ser decididas pelo judiciário.

O capítulo seguinte, aborda a temática dos acordos não totalmente teorizados, estes se tornam importantes instrumentos para auxiliar os juízes em suas decisões, visto que não é concebível aos juízes buscar reflexões filosóficas profundas baseadas em uma teoria geral, a possibilidade das pessoas convergirem apesar de não concordarem com um princípio abstrato é indispensável ao direito em uma sociedade plural. Em uma teorização profunda raramente as pessoas são capazes de chegar a um acordo sobre determinado assunto, bem como, dificilmente concordam com a teoria geral e com as implicações destas que vinculem outros julgamentos em outros casos concretos.

Os acordos não totalmente teorizados são capazes de fornecer decisões capazes de conciliar a pluralidade de argumentos de diversos grupos e respeito mútuo entre eles e, ainda, gerar estabilidade social, tornando possível a constituição. Tais acordos possibilitam que os juízes possam resolver os casos

de forma modesta e menos ambiciosa, sem que seja necessário recorrer a grandes teorias filosóficas, ou refutar convicções individuais profundas. O uso construtivo do silêncio é uma importante ferramenta capaz de reduzir os custos políticos das decisões.

Finalmente, o último capítulo trata sobre o minimalismo judicial e sobre a limitação do poder político por parte do judiciário. Deve-se levar em consideração que os tribunais nas democracias modernas possuem limitações de tempo e de informação por parte dos juízes. Ainda, os tribunais não conseguem antever todos os efeitos que suas decisões geram. Diante dessas limitações o minimalismo judicial, tanto em seu aspecto procedimental quanto substancial, sustentado sob a idéia dos acordos não totalmente teorizados, sugere uma atuação estreita e superficial por parte dos juízes. A estreiteza e a superficialidade deixam em aberto as decisões mais polemicas e controvertidas da sociedade, ao agir de tal forma, favorecem o debate público e atribuem as escolhas políticas ao fórum político, favorecendo a democracia.

Ao buscar responder apenas ao caso em questão e de forma menos ambiciosa, os juízes minimalistas decidem casos concretos sem obstruir o processo político democrático e sem ignorar um núcleo de direitos fundamentais que são garantidos.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério. **Judiciário: entre Justiça e política**. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octavio (orgs. Sistema político brasileiro: uma introdução. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo, Ed. Unesp, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em:http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?. Acesso em 05/03/2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem**. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, p. 115-126. Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 18.02.2013.

CARVALHO, Ernani Rodrigues; MARONA, Marjorie Corrêa. Por um Conceito Operacional de Judicialização da Política. In: **VÁRIOS. Anais do 7º Encontro da ABCP**, Recife: ABCP, 2010.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004.

COHEN, J. (1996). **“Procedure and substance in deliberative democracy”**. In: BENHABIB, S. (ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, p. 95-119.

DAHL, Robert. **Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker**. *Journal of Public Law*, vol. 6. 1957

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999

GUERRA, Gustavo Rabay. **O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais**. *Revista de direitos fundamentais e democracia*, Curitiba,

UniBrasil, n. 4, 2008

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

_____. **Três Modelos Normativos de Democracia**, In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, 36, 1995

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. (1997)

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O federalista**. In: Os federalistas. São Paulo: Abrili Cultural, 1973. p. 91 - 184. (Coleção "Os Pensadores", v. XXIX)

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

KOOPMANS, Tim. **Courts and political institutions**.

A comparative view. Cambridge: Cambridge University Press, 2003

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A Invasão do Direito: A expansão jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova, 2002, no.57, p. 113-133

MARCHETTI, V e CORTEZ, R. "A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais". *Opinião Pública*, vol. 15, n° 2, p. 422-450, 2009

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58. p. 183-202, nov. 2002.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. Tradução Kelly Prusencio. Florianópolis, 2003

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2005. Paper.

_____. **Constitutional Authorship by the People**. Notre Dame Law Review, HeinOnline, n. 74, p. 1605-1630, 1998/1999.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**; tradução e prefácio Alberto Rocha Barros; apresentação Celso Lafer – 2. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1991 (Clássicos do Pensamento Político; v. 22)

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Editora Ática, São Paulo, 2000

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Instituto Teotônio Vilela; São Paulo: Editora Ática, 2002.

_____. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Direito dos Povos : Seguido de A Idéia de Razão Pública Revista**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROUSSEAU, jean-jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins fontes, 1999.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel L. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamento, 1996.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

_____. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1998.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **Conformity and dissent**. 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/164.crs.conform.pdf>.
Acesso em: 12 abr. 2009.

_____. **Why societies need dissent.** Cambridge: Harvard University Press, 2005.

_____. **Incompletely theorized agreements in constitutional law.** The Law School of the University of Chicago, 2007

_____. **The Law of Group Polarization.** The Law School of the University of Chicago, 1998

_____. **Burkean minimalism.** American Law Schools, 2006

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. *In:* TATE, Chester Neal; VALINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De La démocratie en Amérique I.** 13. ed. Publication em version numérique par Jean-Marie Tremblay. Chicoutimi, Canada : 2002.

TRIBE, Laurence H. **American Constitucional Law.** 2.ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

TSEBELIS, George. Atores com Poder de Veto: como Funcionam as Instituições Políticas. Trad.: Micheline Christophe, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política.** *In:* Estudos Históricos, vol. 9, nº 18, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Dezessete anos de judicialização da política.** *Tempo Brasileiro, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n.2. São Paulo, 2007

_____. CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n.185, p. 7-25, janeiro – março /2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>>. Acesso em: Junho, 2013