

JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: CONSTRUÇÃO OU DESCONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA?

JUDICIARY AND PUBLIC POLICY: CONSTRUCTION OR DECONSTRUCTION DEMOCRATIC?

Francisca Edineusa Pamplona Damacena¹

Amélia Sampaio Rossi²

RESUMO

O artigo discute a legitimidade da interferência do Judiciário na formulação e execução de políticas públicas, numa postura denominada de ativista, que tem gerado uma tensão entre os poderes, repercutindo positiva e negativamente na sociedade. O objetivo deste trabalho é analisar se da maneira como vem atuando, o Judiciário está colaborando na construção ou desconstrução democrática das políticas públicas. O fato é que as políticas públicas estão sendo objeto de decisões diariamente nos tribunais brasileiros. No entendimento interna *corporis* do Judiciário, não há crise de legitimidade. Reconhecer não ser este o meio mais adequado, por não ensejar uma transformação social, não constitui óbice para que seja considerado um avanço no que diz respeito à efetividade dos direitos fundamentais sociais assegurados na CF/88. Na tentativa de esclarecer esses paradoxos, estudou-se o tema a partir da teoria política de Dworkin, fazendo um contraponto com a opinião de Habermas, alguns constitucionalistas que enfrentam essa temática, buscando encontrar uma resposta mais adequada. Conclui-se que esses conflitos fazem parte do exercício democrático, devendo ser vistos positivamente, por significar que estão sendo enfrentados os desafios de garantir os direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas, o que já representa construção e progresso.

PALAVRAS CHAVE: Judiciário; Políticas públicas; Democracia

ABSTRACT

The article discusses the legitimacy of the interference of the judiciary in the formulation and implementation of public policies, in a posture called activist, who has generated a tension between the powers, impacting positively and negatively in society. The objective of this study is to analyze whether the way the judiciary is acting is collaborating in the construction or deconstruction of public policies. The fact is that public policies are the subject of daily decision in Brazilian courts, with the interna *corporis* understanding of the judiciary 's legitimacy. To recognize this is not the most appropriate means by not trigger social change and compromise democracy does not constitute an obstacle to be considering a breakthrough regarding to effectiveness of fundamental social rights guaranteed in CF/88. In an attempt to clarify these paradoxes, we studied the subject from the political theory of Habermas and Dworkin, making a counterpoint with the opinion of some constitutionalists who face this

¹ Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Suficiência investigadora na área de Direito Administrativo no programa de doutorado " O Direito Público e as Instituições Públicas ante a União Europeia e o Mercosur" da Universidade de Santiago de Compostela (USC-Es). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal Ceará (UFC). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri (URCA). Email: edineusapamplona@gmail.com

² Professora de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Doutora em Direito pela UFPR, email: amiwww.com.br@uol.com.br

issue, seeking to find a more appropriate response. It is concluded that these conflicts do part of the democratic process and should be seen positively by mean being faced the challenge of ensuring fundamental social rights through public policies, which already represents construction and progress.

KEY-WORDS: Judiciary; Public policies; Democracy

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente a expressão Estado Democrático de Direito, implica a ideia de juridicidade, em que o próprio Estado encontra-se limitado pela lei para garantia da liberdade de seu povo mas também , prospectivamente, encontra na lei razões e comandos para atuar realizando os fins e tarefas por ela determinados na busca do bem estar coletivo. Para tanto, se percebe entre outras mudanças significativas, uma nova readequação ou reacomodação na instrumentalização da teoria da separação de poderes, um incremento e reforço nos sistemas de controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelo Poder Judiciário (especialmente pela via concentrada), uma renovação na teoria normativa em função da compreensão da normatividade dos princípios e a necessidade de renovação da própria teoria hermenêutica, especialmente em função da possibilidade de interpretação moral da Constituição.

A Constituição, para além de documento organizativo dos Poderes e funcionamento do Estado, se apresenta agora e principalmente, como um documento de direitos e instrumento de construção da cidadania no mais extenso sentido. É assim que a Constituição brasileira de 1988 inaugura em nossa ordem jurídica o Constitucionalismo contemporâneo. Uma das consequências desta série de transformações será o protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais poderes instituídos. Este ao exercer o papel de guardião da Constituição , por via de consequência, se torna o principal guardião dos próprios direitos fundamentais, tendo por obrigação constitucional zelar pela sua adequada aplicação e concretização.

A conquista dos direitos fundamentais sociais, de direitos de terceira geração como a proteção ambiental, a proteção aos mais variados direitos e interesses de cunho transindividual, o reconhecimento de novos sujeitos de direitos coletivos, representam um marco importante no desenvolvimento da concepção contemporânea não apenas de Estado mas também de Direito, reinterpretados agora à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia todos os direitos fundamentais constitucionalmente positivados, não obstante o ainda persistente quadro de violações.

Neste diapasão, é possível se constatar que o Estado brasileiro tem passado por modificações em seu funcionamento, em decorrência das transformações sociais, culturais, políticas e econômicas de cada contexto histórico, que de certa forma, forçam a reestruturação de suas instituições, a fim de atender as necessidades de cada momento. Assim, diante do ingresso no constitucionalismo contemporâneo, por meio da promulgação da Constituição de 1988, é natural o surgimento de novas demandas por direitos e conseqüentemente, um aumento dos muitos desafios para que o Estado Democrático de Direito se torne uma realidade palpável. Uma das possíveis mudanças verificadas, diz respeito as políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais, da responsabilidade do Poder Executivo mas que por força da CF/88 passaram a ser discutidas em juízo, para que se garanta por meio do Direito o que o Estado não realiza, muitas vezes por comportamento omissivo, por meio da Política.

Assim, no desempenho de sua função constitucional, o Poder Judiciário tem-se preocupado em receber as reivindicações populares que clamam por justiça social e pela eficiência no que tange a políticas públicas que venham realizar os direitos fundamentais sociais, assumindo uma postura denominada de ativista, o que tem gerado uma grande tensão entre os Poderes. Os juízes e tribunais vêm proferindo decisões judiciais sobre questões que interferem, muitas vezes, na formulação e execução de políticas públicas de grande repercussão na ordem social e econômica. Fato este posto na pauta de discussão entre os juristas que abordam o problema a partir de diferentes perspectivas teóricas.

Muitos questionamentos que envolvem essa temática precisam ser melhor esclarecidos. Afinal, as políticas públicas podem ser definidas como atividades desenvolvidas pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar metas determinadas de interesse político, social e econômico, como forma de se efetivar os direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito? O Judiciário brasileiro está habilitado a decidir questões que envolvem políticas públicas? Juízes e tribunais podem ou não, e em que medida, realizar deliberações políticas ao interpretarem e decidirem os problemas que lhe são submetidos? O poder judicial interferindo nas políticas públicas e regulando a maneira de como se desenvolve as atividades políticas através de seus julgamentos, tem contribuído com uma maior efetividade da justiça ou desconstruindo as políticas públicas? Essa postura fortalece ou compromete a democracia? Essas são apenas algumas das questões que convidam a uma reflexão melhor e mais detida sobre o tema.

2. PROBLEMATIZANDO A RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para BARBOSA (2006, p. 13), a crise do Poder Judiciário é "consequência da mudança do papel do Estado a partir da segunda metade do século passado", quando este passou a ser mais demandado, saindo da concepção democrático - liberal para a de Estado Social e Democrático de Direito, sem uma definição quanto aos rumos a serem tomados. Segue a autora afirmando que, da primeira fase do Estado moderno, no século XVIII até chegar ao século XX, ocorreram muitas transformações que ainda estão em fase de consolidação neste século XXI, que também possui novas demandas de direitos e consequentemente, muitos desafios. Uma das mudanças verificadas, diz respeito a inserção na CF/88 de direitos fundamentais sociais, que demandam a prestação positiva por parte do Estado por meio de políticas públicas. Assim, estas passaram a ser judicializadas, para que o Estado garanta por meio do Direito o que ele não consegue realizar por meio da Política, o que tem suscitado uma crise de legitimidade entre os poderes.

Na perspectiva de se compreender o Direito em uma dimensão pós-positivista, o constitucionalismo contemporâneo está sendo responsável por profundas alterações no sistema jurídico e político vigentes. Fato este que tem provocado tensões, diante da dificuldade de rompimento com o antigo dogma não-intervencionista próprio do Estado Liberal, que ao atender apenas a alguns interesses da classe dominante, dificultou a realização de uma igualdade material, promovida por meio da adoção e do bom gerenciamento de políticas públicas que permitissem a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Devido ao protagonismo do Judiciário na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, a centralidade adquirida pelos direitos fundamentais nesta dimensão e a consequente possibilidade de geração de efeitos imediatos destes em função da característica principiológica CF/88, abriu-se para a sociedade a possibilidade de demandar a sua aplicação perante o Judiciário, surgindo, assim, as mais variadas controvérsias sobre se questões políticas e sociais que anteriormente entendia-se como assuntos restritos à competência do Legislativo e Executivo, podiam ser tratadas pelo Judiciário.

Este entendimento de que a CF/88 ao inaugurar o chamado constitucionalismo contemporâneo ou de direitos teria redimensionado o papel do Judiciário, permitindo que o mesmo atuasse em prol da concretização da própria Constituição através da atividade

interpretativa³, tem encontrado satisfatória recepção perante a opinião pública em geral, diante da crise de credibilidade, representatividade e de funcionalidade que afetam os Poderes mas sobretudo o Legislativo. Como diz WALDRON, "Construímos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar"(2003, p.2).

Em virtude de tais fatos, tem sido depositada no Judiciário a esperança da realização da promessa teleológica do Direito - a justiça, buscando realizar por meio do exercício da função precípua de garante do texto constitucional, os direitos fundamentais sociais através das suas decisões, que mesmo em litígios individuais, repercutem nas políticas públicas. Esse comportamento foi bem aceito e desejável pela sociedade, quando se trata de violação à Constituição, especialmente quando resulta da inação dos demais Poderes. Essa atuação substitutiva por parte do Judiciário, levou o Supremo Tribunal Federal a afirmar que o ativismo se revela como estratégia legítima quando se trata de assegurar os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais.

Essa opinião é comungada pelos que passaram a justificar e a enobrecer a postura ativista, argumentando que o Judiciário está contribuindo com a democracia, a exemplo dos julgamentos da greve no serviço público, eliminação do nepotismo, a definição da fidelidade partidária, em que o Judiciário atendeu demandas da sociedade, através da interpretação dos princípios constitucionais. Contudo, o ativismo judicial tem recebido muitas críticas por parte de alguns estudiosos do Direito, que alertam quanto aos riscos para a falta de legitimidade democrática, visto que os juízes não são eleitos, assim como para a questão da politização indevida da justiça e também quanto aos limites da própria capacidade institucional do Judiciário em resolver determinadas demandas e realizar certas escolhas .

Na visão Dworkiana, a decisão judicial é um empreendimento que há de respeitar não somente regras e princípios preestabelecidos pela Constituição e legislação de um Estado, mas também direitos institucionais, ou seja, princípios constitutivos e reguladores que informam o “jogo” institucional em que tal empreendimento está inserido. O autor americano reconhece ser este um procedimento hercúleo⁴, não sendo a forma mais apropriada e legítima

³ Se for identificado contradições entre a norma e os valores substantivos da Constituição, podem e devem os magistrados e tribunais deixar de aplicar as puras disposições legais, mesmo que o processo legislativo não apresente nenhum vício ou incorreção do ponto de vista formal e procedimental.

⁴ Sem dúvida, tal procedimento, se realizado a contento, diminuiria consideravelmente as incoerências formais de um sistema jurídico, sendo certamente a maneira de interpretação ideal quando os juízes estiverem em seus gabinetes, perante os autos de um processo que lhes exige uma decisão em um caso suficientemente controvertido para requerer dos julgadores a construção desde uma teoria constitucional e política, que propicie realizar a melhor interpretação possível da Constituição e da legislação de seu país, até uma teoria do erro institucional para melhor interpretar os precedentes judiciais, percorrendo todos os fundamentos normativos

para se enfrentar as situações que emergem no cenário democrático contemporâneo brasileiro, especialmente nos casos de políticas públicas. A teoria da integridade do Direito pode ser um caminho para a interpretação dos direitos fundamentais diante da tensão entre direito e política, mas não em relação as políticas públicas.

A posição de Dworkin deve-se ao fato do mesmo se colocar contra a afirmação de que o Direito apresenta lacunas ou vazios e que a resposta deve ser buscada por meio da discricionariedade judicial no ato interpretativo, que levaria a uma criação de direito pelo juiz e, por via de conseqüência, a uma decisão política. Como se sabe, Para Dworkin não existe espaço para a discricionariedade judicial, visto que, ao compreender o Direito como um sistema de regras e princípios, a decisão com base em princípios normativos faz com que o juiz, ao invés de criar o Direito diante dos chamados *hard cases*, antes o revele por meio da interpretação moral da Constituição. No que tange a questão de deliberação sobre políticas públicas, o autor entende que as policies devem ser tratadas pelos "parlamentos eleitos"⁵. Enfim, os juízes devem decidir com base em argumentos de direitos e não de política.

Entre as principais objeções à crescente intervenção judicial, está a que diz respeito a questão da capacidade institucional (BARROSO, 2012, p. 30). Saber qual dos poderes está mais habilitado a produzir a melhor decisão. Neste ponto, Barroso concorda com a crítica de que falta aos juízes a informação e o conhecimento técnico específico sobre determinadas matérias.

Outra objeção, é quanto à limitação do debate, por excluir os que não dominam a linguagem jurídica. O texto constitucional brasileiro deixa muitas dúvidas tocantes à interpretação correta no caso concreto, por apresentar ambiguidades, sejam elas semânticas⁶ ou sintáticas⁷; além de conceitos controversos, dificultando o consenso quanto ao seu conteúdo. Porém, não deixam de desempenhar sua função dialética, importante à democracia, que é favorecer o debate.

Acontece que o conteúdo da Constituição, os valores nela contidos, que são seus elementos substantivos, se não observados, autorizam o Judiciário a realizar o controle de

(regras e princípios) do sistema jurídico de que é parte, com a finalidade de conferir uma coerência sistêmica inelutável a ponto de se poder afirmar que a decisão tomada é a única correta à luz da moralidade política de dada comunidade jurídica.

⁵ Utilizando a tradução da sua expressão.

⁶ Palavras que admitem mais de um significado.

⁷ Orações que apresentam mais de uma proposição e que, por isso, são suscetíveis de serem interpretadas de modos distintos.

constitucionalidade das leis e interpretá-las ao lume das normas constitucionais, que expressam as regras do jogo social e as decisões políticas da sociedade. Como argumenta

A função de magistrados e tribunais na conjuntura da democracia contemporânea é, pois, antes de tudo, a de “boca da Constituição” e do contrato social. O texto constitucional sistematiza o conjunto dos valores que uma sociedade acordou como os fundamentais para a condução das ações privadas e públicas; é, pois, a manifestação concreta, sensível, exteriorização palpável do contrato social que não existe senão idealmente, no imaginário coletivo dos cidadãos.

Portanto, é na interpretação dele que juízes e tribunais devem haurir as respostas judiciais, e suas respostas somente serão legítimas se conseguirem reproduzir a autocompreensão da sociedade materializada na Constituição. Procedendo assim, leciona BONAVIDES (2001, p. 127), os intérpretes estarão obedecendo o supremo poder decisório, fazendo valer a soberania popular ao consubstanciar a vontade constitucional de sua nação, ou em termos rousseauianos, a vontade geral.

Barroso aponta ainda outra objeção, que é de natureza político-ideológica, alegando riscos para a legitimidade democrática, devido ao modo de investidura dos juízes e membros dos tribunais, por não serem agentes públicos eleitos e terem o poder de invalidar atos do Legislativo e Executivo, que são os legítimos representantes do povo. Apesar de expor em seu texto o argumento de natureza filosófica, defendendo que a democracia não se resume ao princípio majoritário e que o papel da constituição é proteger valores e direitos fundamentais mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Para BARROSO (2012, p. 31-32), a real disfunção que aflige a democracia é a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo, fazendo uma espécie de auto defesa nas suas conclusões, dizendo que os juízes e tribunais não atuam por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular, e nos casos de princípios constitucionais abertos, como exemplo: a dignidade da pessoa humana, impacto ambiental, em que o poder criativo do intérprete se expande a um nível quase normativo, as escolhas do legislador deve prevalecer, por ser o detentor do voto popular, para que não gere o que se denomina de dificuldade contramajoritária, que é o principal argumento dos que enxergam o ativismo como uma ameaça à democracia.

BARROSO chama a atenção para que nas demais situações, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador e respeitar o exercício razoável de discricionariedade do administrador, reconhecendo a sua impossibilidade de prever e

administrar os efeitos sistêmicos indesejáveis, imprevisíveis ou até mesmo previsíveis das decisões proferidas em casos individuais, reconhecendo que ao lado das intervenções necessárias e meritórias, existem decisões extravagantes e emocionais que põem em risco a continuidade das políticas públicas e desorganizam a atividade administrativa, e que de fato, "o juiz esta preparado para realizar a justiça do caso concreto, a micro-justiça" (2012, p. 27-30).

Justificando a prática ativista no Brasil, Barroso argumenta acerca da retração do Poder Legislativo⁸, que impede que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, fazendo com que a postura ativista se faça presente, servindo de contraponto e complemento em países com pouco amadurecimento institucional e fragilidade do sistema representativo.

De maneira diversa, WALDRON, um dos principais defensores de que se deve respeitar as decisões majoritárias dos parlamentos, afirmando inclusive que sua obra é uma tentativa de " recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislatura que a apresentem como um modo de governança dignificado e uma fonte de direito respeitável"(2003, p. 3). Para o autor, na fase de flexibilização de sua teoria, passou a considerar que apesar das divergências acerca dos direitos deverem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do processo judicial, reconhece a possibilidade de Cortes de Justiça declararem a inconstitucionalidade de atos normativos, quando as características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes. Será este o caso do Estado democrático brasileiro?

O que se nota presente no cenário brasileiro, é uma multiplicidade de opiniões, com as muitas controvérsias, sobretudo no que tange a essa temática, e esses paradoxos precisam ser levados a sério, na teoria e na prática, para que não haja retrocesso no Estado Democrático de Direito e sim o seu fortalecimento.

3. OS PARADOXOS DO PROBLEMA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM POLÍTICAS PÚBLICAS

⁸ Para Barroso, a auto-contenção judicial acontece quando o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Ele critica alegando que quando isso acontece é porque há uma deferência em relação às ações e omissões dos poderes políticos. Esclarecendo que o binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de tribunais constitucionais e que o aspecto negativo é que exhibe as dificuldades enfrentadas pelo poder Legislativo.

As mudanças que vem ocorrendo no Brasil, decorrentes também da deslegitimação e descredibilização das esferas executivas e legislativas, tanto federal quanto estaduais e municipais, depois que a mídia começou, de maneira mais contundente, a desvelar os interesses partidários e particulares, ocultos nas decisões políticas, agravou-se uma crise já em gestação no sistema representativo, fazendo com que os cidadãos deixassem de ver seus interesses individuais e coletivos representados no sistema político, e partissem em busca do Judiciário.

Ingeborg Maus critica o papel do Judiciário, como órgão constitucional que decide casos a partir de razões de direito, como se fora uma super entidade que exerce o papel de superego de uma sociedade órfã. Para o autor, O direito aplicado não é o votado pelo legislativo, mas o que o Judiciário entende como aplicável.

Advertindo "que por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional, podem esconder-se à vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular" (MAUS, 2000, p. 183).

Esse respaldo adquirido pelo Judiciário, que passou a funcionar como uma esfera onde os cidadãos se sentem seguros para reivindicarem mais do que seus direitos já positivados, é tratado por GARAPON (2001, p. 50), de reviravolta judiciária da vida política, em que o Judiciário converte-se no refúgio de um ideal democrático quase perdido, revelando um novo marco na história da democracia.

Para Garapon, o Judiciário começa a ocupar um lugar simbólico proeminente na sociedade, que prenuncia uma mudança profunda da democracia e dos modos de participação popular na gestão dos assuntos públicos. E o fato do espaço simbólico da democracia migrar silenciosamente do sistema político para o sistema jurídico, tem custado caro ao Judiciário, pois cada vez mais aumenta o número de cidadãos, que a ele recorre para defesa de direitos individuais ou coletivos, e exigindo o respeito às promessas contidas na Constituição, bem como aumentam as críticas a respeito do seu comportamento, que pode gerar implicações para o regime democrático.

Nas palavras de GARAPON (2001, p. 50), "O direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço de arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política".

Essa tensão entre o Judiciário e o legislativo, é consequência de uma relação mal gerenciada entre política e direito, que faz parecer haver incompatibilidade entre democracia e constitucionalismo.

Como leciona a professora KOZICKI (2008, p. 2496, 2497) " Isto porque o diálogo delineado entre a política e o Direito traz, em seu bojo, situações controversas e ao mesmo tempo complementares, quais sejam da necessidade de se conferir à sociedade ideias de conflito, abrindo-se espaços à contingência e à pluralidade, como também de estabilização, papel desempenhado com primazia pelo Direito que visa conferir determinado grau de limitação às instabilidades que o pensamento democrático necessariamente promove".

Para entender essa questão, buscou-se as contribuições de Habermas, que tem uma percepção procedimentalista, diferente do ideal da teoria substancialista dworkiniana. O autor da teoria da ação comunicativa ou do discurso, diz que a afirmação sobre se uma decisão é correta ou só pode ser feita através da apreciação do procedimento que conduziu a essa decisão, se este ocorreu por meio de uma fundamentação desenvolvida argumentativamente ou não.

Segundo HABERMAS (1997, p.278), o procedimento argumentativo somente é dado como concluído quando os argumentos dos participantes da discussão for dialógica ao invés de monológica, for de um todo coerente, e resultar num acordo não-coercitivo sobre a questão controvertida. Diferentemente do que propôs Dworkin, em que o “diálogo” aconteceria corporativamente entre o magistrado e a comunidade jurídica de que é parte, fundamentado nos princípios que a informam. Habermas propõe uma comunidade aberta de intérpretes do direito, entre os quais o juiz é um parceiro, cuja função é a de facilitador do procedimento e prolator da decisão final, no meio de outros com diferentes visões sobre o direito e que tem o mesmo interesse num acordo que expresse a autocompreensão constitutiva da comunidade jurídica-política.

Habermas, como Dworkin, partem da noção de jogo para abordar que espécie de argumento tem o potencial de ser tomado, como o melhor, por uma comunidade interpretativa. O melhor argumento, no olhar habermasiano, é aquele que, no interior de um jogo de argumentação e obedecendo às suas regras, melhor contribui “para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa” (HABERMAS, 1997, p. 283).

Tal argumento, entretanto, para obedecer às regras propostas pela teoria do discurso, deve ser obtido o mais aproximadamente possível dentro de condições de argumentação imunizadas contra a repressão e a desigualdade, isto é, contra uma comunicação distorcida;

em outras palavras, “uma situação de fala na qual os proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser” (HABERMAS, 1997, p. 284).

Portanto, para se alcançar um acordo racionalmente motivado, é preciso que cada participante da discussão, perante a tematização de um caso controvertido, admita um exercício de alteridade no qual assuma, não coativamente, a perspectiva das visões de mundo e pontos de vista ou a autocompreensão de todos os participantes do momento discursivo. Nesse sentido, “a correção das decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que torna possível uma formação imparcial do juízo” (HABERMAS, 1997, p. 287), enfraquecendo as suspeitas de ideologia no ato decisório.

Para o autor supracitado, os direitos fundamentais precisam integrar, e de fato integram em muitos países, um sistema jurídico suscetível de se conferir coerência por intermédio de uma interpretação na qual os cidadãos possam recorrer a uma decisão judicial seguros de que esta será proferida fundamentando-se em regras e princípios válidos e preexistentes aos fatos e não criados para aquele processo. O procedimentalismo habermasiano também possui limitações. A primeira é que, para a realização da teoria que ele defende, pessoas com diferentes posições sociais e pontos de vista, acordam acerca de uma norma, sendo esta seguida por todas as demais.

Nos conflitos contemporâneos, especialmente os que envolvem divergências políticas, esse tipo de acordo é difícil de acontecer, inclusive em se tratando de acordar-se um procedimento democrático para a tomada de decisão, livre da pressão externa dos interesses dominantes existentes nos representantes da sociedade brasileira. Daí porque, na ausência de entendimentos sobre normas procedimentais – e já aqui se está tratando de outra limitação da teoria habermasiana –, faz-se imperiosa a imposição dessas normas, que precisam ser reconhecidas como legítimas por um poder político igualmente legítimo, e “o comportamento imposto por via jurídica ou política só pode ser legítimo se o direito e as instituições políticas satisfazem a pretensão de legitimidade com que se apresentam.

Em outras palavras, a correção das respostas para casos controvertidos apenas é possível se forem viabilizados entendimentos sobre normas procedimentais e, por seguimento, garantidas assim as condições ideais de comunicação, viabilidade e garantia estas reconhecidamente improváveis no mundo contemporâneo, particularmente em se tratando de realidades sociais como a brasileira.

Como ensina HABERMAS(1997, p. 288), os organismos da sociedade civil são mais sensíveis do que juízes e tribunais à captação, tematização, problematização e dramatização dos problemas que são relevantes para a sociedade como um todo, devendo por este motivo estar frequentemente participando das interpretações e decisões das questões que tocam aos interesses públicos.

Os casos que envolvem situações de judicialização da política, como na questão das políticas públicas, requerem uma deliberação prevenida contra os interesses individualistas e as comunicações distorcidas por ideologias, pelos clamores sociais manipulados pela mídia, barganhas e até mesmo coações. Contudo, o que se considera mais importante em toda essa discussão, é a superação do modelo de regras pelo modelo de princípios na prática judicial.

A questão agora está no uso do poder de interpretação das normas, que teoricamente não é, nem deve ser livre, segundo os valores próprios dos magistrados e tribunais, e sim de consonância com os princípios constitucionalmente assegurados, requerendo dos juízes a submissão dos conteúdos normativos aos critérios substantivos do sistema jurídico-constitucional, particularmente ao conjunto dos direitos fundamentais presentes na Constituição, visando a defesa do Estado Democrático de Direito, para só assim poder ser considerado um progresso, e não um retrocesso. Para isto acontecer faz-se necessário que tanto a comunidade jurídica, como a política, conheçam o modelo do Estado Democrático de Direito e ponham-se decididamente a serviço deste.

4. CONCLUSÃO

As mudanças paradigmáticas no modo de entender o mundo, também repercutem no âmbito do pensamento jurídico e conseqüentemente tem levado a sociedade civil a propugnar uma modificação na forma de atuação das instituições, já que da maneira como costumam atuar, não estão conseguindo dar conta da crise social decorrente da pluralidade das complexas demandas envolvendo interesses divergentes dos muitos e heterogêneos grupos sociais que povoam o Brasil.

Os problemas sociais existentes, fizeram eclodir as reivindicações por parte da sociedade civil⁹, que podem continuar a se intensificarem caso as instituições políticas e jurídicas não buscarem dialogar com a sociedade civil organizada, bem como com a

⁹ Em todo Brasil, mais intensamente durante os meses de junho e julho do ano de 2013.

comunidade científica responsável pela produção do conhecimento, na busca de alternativas eficazes para a implementação dos direitos sociais.

Estes conflitos devem ser percebidos, como reflexo da crise social que envolve muitos aspectos políticos, jurídicos e econômicos, que não cabe aprofundar neste artigo. Aqui buscou-se enfrentar a tensão entre o Judiciário e o legislativo, consequência da relação entre política e direito, inclusive entre os dois principais ideais modernos: democracia e constitucionalismo, que parecem não serem compatíveis, o que é um engano.

No que diz respeito a atuação do Judiciário na instituição e execução das políticas públicas está gerando uma tensão entre os poderes. Observa-se que o Judiciário se enveredou pelo caminho certo, quando por meio da jurisdição constitucional, passou a exercer um papel ativo, não atuando mais como mero porta-voz da lei, que sanciona os desvios de conduta para manter a ordem no Estado. Juízes e tribunais estão certos quando não interpretam mais a lei, fazendo uma aplicação subjuntiva do seu texto. Eles tomaram para si a missão de concretizador da Constituição/88, que apresenta-se com uma pluralidade de normas, hodiernamente consideradas de aplicação imediata, portanto aptas a produzir seus efeitos, mas que ensejam muitas dificuldades e conflitos na sua aplicação dentro do mundo real.

Contudo, dá-se razão a Barroso, quanto ao argumento de que são as situações de retração do Poder Legislativo, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, que fazem com que a postura ativista se faça presente, servindo de contraponto e complemento em países como o Brasil, de pouco amadurecimento institucional e fragilidade do sistema representativo.

Conforme analisado pelos juristas citados no artigo, tanto os ativistas como os antiativistas, ao discorrerem sobre os argumentos em defesa de seus pontos de vista, entendem que a judicialização é uma decorrência inevitável e desejável, que o ativismo judicial, mesmo sendo muito criticado pela forma como vem se manifestando, com efeitos sistêmicos indesejados repercutindo na vida política, social, econômica do país, tornando - o ainda mais exposto a insegurança jurídica, ao invés de funcionar como estabilizador dos ¹⁰problemas sociais, também se pondera sua importância no contexto brasileiro.

Das contribuições de Dworkin ao debate, observa-se que é entendimento de que estas decisões não devem ser tomadas conforme o juízo de um magistrado ou tribunal, mas

¹⁰ Para Barroso, a auto-contenção judicial acontece quando o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Ele critica alegando que quando isso acontece é porque há uma deferência em relação às ações e omissões dos poderes políticos. Esclarecendo que o binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de tribunais constitucionais e que o aspecto negativo é que exhibe as dificuldades enfrentadas pelo poder Legislativo.

verificado quais os princípios que os profissionais da comunidade jurídica elegeram. Contudo, faz-se necessário transcender a interpretação sistêmica e hercúlea do texto constitucional, defendida por Dworkin, para ir mais além.

Chega-se nas contribuições de Habermas, para o qual, este desiderato pode ser alcançado de forma mais legítima se for conferido maior participação dos cidadãos envolvidos e interessados nas decisões jurídico-políticas, ampliando o círculo de interpretes da Constituição e, por via de consequência, fissurando o monopólio da interpretação autorizada hoje pertencente estritamente aos profissionais do campo jurídico.

Este procedimento garantiria maior legitimidade as decisões políticas e, como efeito reflexo, contribuiria para o processo mais amplo de democratização da Justiça e da sociedade. Da forma como se costuma proceder, com a restrita participação do cidadão, e a utilização do que vem sendo denominado de ativismo judicial, não se consolida ideal de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, ainda que existam aberturas legais nos ordenamentos jurídicos, como no caso brasileiro.

Concorda-se com Garapon, que esta mudança de cenário da ação política faz desaparecer, em parte, a dimensão coletiva do político, pois tende a individualizar as reivindicações, encorajando um engajamento mais solitário do que solidário. O cidadão, ao demandar junto ao Judiciário a efetivação de um direito, em raros casos o faz por estar engajado em uma luta coletiva, consciente de seu compromisso político, como cidadão sujeito de direito, assim como os demais.

É mister que o Judiciário, ao tomar suas decisões, o faça com coerência, velando pelas regras da democracia, respeitando as fronteiras procedimentais da racionalidade, motivação e correção dos seus julgamentos, bem como as substantivas do Direito, onde a justiça é o valor que não pode deixar de ser perseguido.

O Judiciário deve procurar investir na realização de procedimentos que favoreçam formas democráticas de deliberação e que tragam, na medida do possível, os cidadãos para as discussões sobre os assuntos públicos.

Trata-se de um enorme desafio ao Judiciário, que implica uma transformação profunda na cultura política de todos os envolvidos, numa mudança de postura política do legislativo, Executivo, Judiciário, bem como de toda sociedade civil. Esses conflitos também fazem parte do exercício democrático, só precisam ser melhor conduzidos para que possam assegurar os direitos garantidos na Constituição por meio de políticas públicas mais eficientes e bem geridas, para que todos os brasileiros possam viver com dignidade, revertendo-se assim a imagem de que no Brasil nada que se chama de justiça (seja esta formal e/ou material) e

democracia pode prosperar. Esses dois ideais podem e precisam ser compatibilizados e realizados para que o sonho de uma grande nação se torne uma verdade vivenciada por todos.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, C. M. . **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democratização e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo**.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Cadernos [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012.

Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>

Acesso em: 10 de jan. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros: 2001.

CITADINO, G. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DWORKIN, R. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOZICKI, K. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2012.

_____; LORENZETTO, B.; GIAMBERARDINO, P. R. . **Política e Direito: uma reflexão sobre a teoria da violência e da justiça**. In: Diretoria do CONPEDI. (Org.). *Anais do XXVII*

Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, v. , p. 2495-2512.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
_____. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Revista Consultor Jurídico, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>
Acessado em: 20 de fev. 2013