

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

## **O PODER JUDICIÁRIO E AS DECISÕES POLÍTICAS: UMA CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PROCEDIMENTALISTA**

*THE JUDICIARY AND THE POLITICAL DECISIONS: A CRITIQUE FROM THE PRODECURALIST THEORY*

**Aloisio Surgik<sup>1</sup>**

**Marcelo Paulo Wacheleski<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Colocação do problema: ativismo judicial, a judicialização da política e os Tribunais contemporâneos; 2. A construção do Procedimentalismo de Antoine Garapon e Jürgen Habermas ; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

**RESUMO:** O artigo se destina ao estudo da intervenção do Poder Judiciário nas decisões políticas a partir do procedimentalismo. O objetivo geral da pesquisa é identificar a função dos Tribunais na atualidade em decisões de natureza política o que vem resultando em crescente judicialização de temas antes vinculados ao Parlamento. As hipóteses construídas pelas teorias procedimentalistas apontam para a necessidade de construção política das decisões indispensáveis a estruturação da sociedade e do Estado, fator enfraquecido pela crescente atuação do Poder Judiciário, o que pode resultar na desestruturação do espaço público de debate político. O fundamento teórico é baseado nas obras de Jürgen Habermas e Antoine Garapon. O método utilizado será o indutivo através da utilização de categorias jurídicas e pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário; Política; Procedimentalismo

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Aposentado do Mestrado e Doutorado da UFPR. Professor na FUnC-Mafra-SC. e-mail: aloisiosurgik@uol.com.br

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires; Mestre em Ciência Jurídica UNIVALI. Pós graduado em Filosofia do Direito PUC/PR. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do curso de Direito FUnC-Mafra, SC. e-mail: marcelopaulow@hotmail.com

**ABSTRACT:** The article is intended to study the judicialization of politics seen from proceduralism. The overall objective of the research is to identify the function of the Courts at present regarding the decisions of a political nature which has resulted in increasing judicialization of topics previously restricted to the Parliament. The hypotheses constructed by proceduralists theories point to the need for the political construction of the structure of society and the State, weakened by the factor increasing role of the Judiciary, which may result in disruption of public space for political debate decisions indispensable. The theoretical foundation is based on the works of Jürgen Habermas and Antoine Garapon. The method used is by using the inductive legal categories and literature.

**KEYWORDS:** Judiciary; Politics; Proceduralism

## INTRODUÇÃO

São frequentes as discussões na teoria constitucional a partir de dois eixos básicos: o procedimentalismo<sup>3</sup> e o substancialismo<sup>4</sup>, que tratam a posição dos Tribunais Constitucionais nas sociedades atuais sob enfoques distintos. O que as teorias analisam é a conveniência de substituição da esfera pública política por decisões vinculantes do Poder Judiciário. A crescente atuação do Poder Judiciário, em áreas tradicionalmente ocupadas pelo Parlamento, naquilo que se denominou de judicialização da política, tem provocado constantes questionamentos quanto a legitimidade de atuação de juízes em substituição à atuação política do Poder Legislativo.

O problema desta pesquisa pode ser colocado com a seguinte indagação: Encontra legitimidade constitucional a atuação do Poder Judiciário em temas políticos, historicamente de competência do Poder Legislativo?

---

<sup>3</sup> "O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação política e do direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito." STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41/42

<sup>4</sup> "Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive contra maioria eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente." STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2004. p. 45

O critério metodológico utilizado é o indutivo, partindo-se da identificação de um texto constitucional fortemente principiológico e político, propiciando espaço para atuação política do Poder Judiciário e trazendo evidências de um enfraquecimento do Poder Legislativo. Subdividiu-se o trabalho em duas etapas distintas: na primeira, através da colocação do problema da judicialização da política e a crescente atuação do Poder Judiciário. No segundo momento, o trabalho analisa as duas propostas doutrinárias a partir do procedimentalismo e do substancialismo, indicando os pontos naquilo que se aproximam e se distanciam na construção de um espaço próprio de atuação do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

A hipótese inicialmente sustentada aponta para um enfraquecimento da política a partir do descredito do Poder Legislativo, e o preenchimento do espaço público político pela atuação do Poder Judiciário. A segunda hipótese, é que o enfraquecimento da atuação do Poder Legislativo em sua típica função de produção de normas, fez com que a sociedade recorresse ao Poder Judiciário como última esperança de efetivação das promessas democráticas de efetivação de direitos. O trabalho foi construído com base nas teorias de Jurgen Habermas e Atoine Garapon, restrito naquilo que produziram a respeito da efetivação dos direitos pelo Poder Judiciário e a expansão da atuação dos juízes.

## **1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: ATIVISMO JUDICIAL, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS TRIBUNAIS CONTEMPORÂNEOS**

A presença do Poder Judiciário com maiores poderes de controle sobre os demais poderes republicanos tem sido material germinante para diversos estudos transdisciplinares nas ciências sociais. A problematicidade da invasão das ordens vinculantes dos Tribunais sobre a vida social e política tem presença constante nos debates sobre a relativização da separação dos poderes, e por outro lado, criou um novo espaço de debate público institucionalizado longe dos palcos de debate político.

No cerne deste fenômeno está o novo ativismo judicial, favorecido nos sistemas de *common law* pelo fomento da criatividade judicial, e nos sistemas continentais pela configuração de um novo sistema constitucional firmado estruturalmente por princípios fundamentais abertos e a delimitação de objetivos ao novo Estado social desejado. Isso culminou com a abertura do espaço da interpretação constitucional, "já sendo possível falar em um 'direito judicial' em contraposição a um 'direito legal'."<sup>5</sup> O sistema de *common law*, especialmente pela tradição republicana dos Estados Unidos da América, trouxe importante contribuição para o processo de tribunalização da política, através do princípio do *judicial review*, já qualificado como a grande contribuição do sistema jurídico americano para a teoria política. Mesmo diante da inexistência de previsão expressa na Constituição norte-americana para o controle pelo Poder Judiciário da constitucionalidade das leis, reconhece-se o pioneirismo do país no *judicial review*, no entanto, permanece em aberto os limites desejáveis dessa intervenção judicial.<sup>6</sup>

Em todos os sistemas que se olhe, o aumento vertiginoso da justiça no ambiente decisório político tem a ambivalente intenção de assegurar os valores fundamentais inscritos nas Constituições ao passo que também busca a concretização dos princípios sociais abraçados pelo texto constitucional. É nesse ponto, que parece emergir forte tendência à normatização de direitos indisponíveis e difusos e o reforço das instituições da Magistratura e do Ministério Público para reprimir os crimes definidos como políticos ou a formalização de Tribunais supranacionais.

A preocupação comum nos textos que discutem esse novo fenômeno trata de definir os limites da intervenção do "poder" do direito em substituição ao consenso obtido pela política. Seria condenar a política ao fim e reconhecer a

---

<sup>5</sup> CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** in VIANNA, Luiz Werneck (org.) A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002. p. 18

<sup>6</sup> MELO, Manuel Palacios Cunha. **A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil.** in VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil.**2002. p. 67

supremacia da força jurídica?<sup>7</sup> Indiscutivelmente, sistemas democráticos que não tem capacidade de discernimento entre o que é jurídico e o que é político, correm o risco de cair em autoritarismos, e provocar a alienação da sociedade em relação aos temas eminentemente políticos.

O que se firmou com os novos modelos constitucionais, é uma comunidade aberta de intérpretes com vistas a democratizar o processo de hermenêutica, abrindo-o a todas as forças públicas e poderes envolvidos como forma de garantir sua concretização<sup>8</sup>. "Parece não restar dúvida de que esta concepção de 'comunidade de intérpretes da Constituição' está inequivocamente associada a um processo de democratização da hermenêutica constitucional e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa que, por esta via, *concretiza* ou *realiza* a Constituição."<sup>9</sup>

A proposta da doutrina constitucional com o alargamento do círculo hermenêutico é, sem dúvida, garantir a concretização material e não somente formal do princípio da igualdade. Admitir uma interpretação aberta do texto constitucional é interagir com diversos elementos extranormativos angariados nos subsistemas sociais, de forma a adequá-la à realidade. "A tarefa do intérprete só terá sucesso [...] se o texto constitucional admitir interpretações abertas e diferentes, permitindo diversas leituras legítimas, suscetíveis de ser adaptadas às contínuas mudanças sociais."<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> "Falar de um processo de judicialização da política, de outra parte, evoca necessariamente algumas indagações. Há relação entre a 'força do direito' e o tão propalado 'fim da política'? As democracias marcadas pelas paixões políticas estão sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras? Uma idade racional do direito sucede a uma idade teológica da política? Parece razoável afirmar que não. Confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade democrática." CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** in VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: 2002. p. 18

<sup>8</sup> Conferir a respeito HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

<sup>9</sup> CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** in VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil.** 2002. p. 24

<sup>10</sup> DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos.** 2 ed. São Paulo: 2005. p. 15

A Constituição Federal de 1988 é fruto de grande conjunção entre a sociedade e a esfera política. Os movimentos sociais antiautoritarismo a partir da década de 70, com mais força nos anos 90, buscaram a afirmação dos direitos humanos e o desenvolvimento dos direitos econômicos e sociais. Os problemas políticos foram codificados e ganharam estrutura normativa de princípios, com normas assecuratórias de seu cumprimento. Uma análise dos princípios e fundamentos da Constituição Federal de 1988, demonstra que a inserção da dignidade humana e do pluralismo político como seus fundamentos (art. 1º, incisos II, III e V), e a concretização de seus objetivos fundamentais de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais, requer um esforço teórico e interpretativo para garantir-lhe a ideia de sistema. Nas seguras palavras de Cittadino<sup>11</sup>:

Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direito constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*, rompendo com a tradicional cultura jurídica.

A doutrina constitucional que se firmou com a Constituição Federal de 1988, voltou-se ao mesmo tempo contra o sistema jurídico brasileiro enquanto marcadamente positivista e o constitucionalismo liberal que orientava o país<sup>12</sup>. A perspectiva era garantir juntamente com os direitos individuais de defesa, a implementação dos direitos sociais econômicos, o que importava, necessariamente, romper com a autonomia eminentemente privada que guiava o ordenamento jurídico até aquele momento.

---

<sup>11</sup> CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** in VIANNA, Luiz Werneck (org.) A democracia e os três poderes no Brasil. 2002. p. 27

<sup>12</sup> Neste sentido, CITTADINO, Gisele; SILVA, José Afonso; BONAVIDES, Paulo.

A posição da nova doutrina constitucional passa a falar em *constituição dirigente*<sup>13</sup> e *constituição aberta*<sup>14</sup>, buscando, no primeiro caso, romper com a ideia de que a constituição é um complexo de garantias para limitar a atuação do poder público para colocar a proposta de uma constituição garantia. No segundo caso, advogam um ordenamento jurídico que sobreleva os valores do ambiente sociocultural com a abertura do texto constitucional.

Nesse mesmo contexto, é possível falar de *constitucionalismo comunitário e societário*, que compreende a constituição como conjunto de valores que na relação jurídica analisa a totalidade da vida coletiva. "As Constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, abrem-se a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)."<sup>15</sup> A Constituição Federal de 1988, fixou o direito à segurança jurídica, não somente aos direitos individuais de liberdade, mas também, quanto à efetivação dos direitos sociais, consagrados pela cláusula de proibição de retrocesso.<sup>16</sup> O fortalecimento do

---

<sup>13</sup> "Ao utilizar a expressão 'Constituição Dirigente' (dirigierende Verfassung), Peter Lerche estava acrescentando um novo domínio aos setores tradicionais existentes nas Constituições. Em sua opinião, todas as Constituições apresentariam quatro partes: as linhas de direção constitucional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, as garantias e repartição de competências estatais e as normas de princípio. No entanto, as Constituições modernas se caracterizariam por possuir, segundo Lerche, uma série de diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes para o legislador. Estas diretrizes são o que ele denomina de 'Constituição Dirigente'. Pelo fato de a 'Constituição Dirigente' consistir em diretrizes permanentes para o legislador, Lerche vai afirmar que é no âmbito da 'Constituição Dirigente' que poderia ocorrer a discricionariedade material do legislador." BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. in BONAVIDES, Paulo (et. al). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 242

<sup>14</sup> "Este ponto de partida carece de <<descodificação>>: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1159

<sup>15</sup> CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 2002. p. 29

<sup>16</sup> "O ponto de partida de uma fundamentação constitucional [...] de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado Social e Democrático de Direito, especialmente no âmbito da crise de efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais [...]. Com efeito, seja em virtude do incremento dos níveis de exclusão sócio-econômica e da implantação, em maior ou menor

Poder econômico na atualidade, tem fragilizado as instituições de segurança social do Estado Social, pela necessidade de adequação de seus valores a uma sociedade de valores cambiantes. A cláusula de proibição de retrocesso se consolidou a partir da concretização que os direitos sociais obtiveram como direitos subjetivos a prestações do Estado que fulminam de inconstitucionalidade todas as normas que pretendam reduzir os padrões de prestações já adquiridos na comunidade constitucional. Nesse sentido se posiciona Sarlet<sup>17</sup>, ao falar dos direitos sociais como:

[...] direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito) [...]

Como aponta Canotilho<sup>18</sup>, nesse aspecto a cláusula de retrocesso aparece como direito de defesa as ações estatais de cunho retrocessivo que tenham por objeto a redução ou destruição de direitos sociais. As normas programáticas como princípios otimizadores da atuação estatal impõem-se como determinações para atuação dos poderes públicos.

---

escada daquilo que Boaventura Santos designou de 'fascismo societal' em todo o planeta [...] certo é que hoje, a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado Social e Democrático de Direito - e, conseqüentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social- constitui um dos temas centras da nossa época." SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.** SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.** in BONAVIDES, Paulo (et. al). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 306

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.** in BONAVIDES, Paulo (et. al). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho.** 2006. p. 309/310

<sup>18</sup> "Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 2003. p. 1177

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

O movimento pós regime autoritário fez um resgate do país ao Direito, buscando, além de refazer o ordenamento jurídico, resgatar os próprios princípios que estruturariam o novo Estado em formação, principalmente sob a via do constitucionalismo *comunitário*. Notadamente, esse movimento que se designou de constitucionalismo comunitário se voltou contra a aparência marcadamente privada e positivista do ordenamento jurídico brasileiro, preocupado com as liberdades negativas e indiferentes aos direitos sociais e econômicos.

A doutrina jurídica no país, ainda mesmo quando se fale dos publicistas, é arraigada ao texto legal e começam, a partir de então, sofrer as fissuras de novos pensamentos que buscam inserir um tom ético aos fundamentos e a legitimidade do novo ordenamento constitucional.<sup>19</sup>

A ideia do constitucionalismo comunitário é que a concretização dos direitos inscritos como garantias constitucionais são resultados da inserção de valores históricos de uma comunidade no texto constitucional. A posição doutrinária que defende uma Constituição comunitária revela oposição à sua concepção como defensora das liberdades negativas contra o Estado, e a posiciona como abrigo dos valores defendidos por uma comunidade. Assim, antes de ser direito individual, é representação dos valores tidos como elementares para uma sociedade segundo o binômio dignidade humana-solidariedade social. "As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)."<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Desse posicionamento CITTADINO, cita José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, entre outros. Acrescenta ainda a Autora: "Em outras palavras a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo de *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de Hayek e Nozick do que Rawls e Dworkin, muito embora as fontes talvez sejam outras." CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 14

<sup>20</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 17

Os comunitários sustentam suas teorias a respeito dos direitos fundamentais sobre dois pilares importantes no direito constitucional. Primeiro, ao colocarem os direitos fundamentais como valores históricos inseridos no texto constitucional, rompem com a postura do direito natural que os abordava de uma perspectiva supraconstitucionais ou supra-estatais, e, nesse momento, como valores constitucionais tornam-se o núcleo de orientação interpretativa desse sistema.<sup>21</sup> Num segundo momento, ao abordá-los como direitos positivados são tidos como objetivos e metas a serem alcançadas pelo Estado, sob um ideal ético-político e assim, abandonam o posicionamento de uma dignidade humana estanque e dogmática como valor abstrato, para ser “[...] traduzida por autonomia ética de indivíduos históricos [...]”<sup>22</sup>, que somente pode ser realizada pela expansão do círculo de intérpretes da Constituição que possibilitará a participação político-jurídica.

Alteram-se os signos que conceituam os institutos constitucionais, mudando a ideia de direitos públicos subjetivos para direitos fundamentais do homem, proposições que no direito positivo representam garantias de uma convivência digna e livre numa sociedade democrática. “A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à esfera pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.”<sup>23</sup>

Aspecto preocupante dessa crescente invasão do Poder Judiciário na esfera pública política é a sua sobreposição crescente nos demais poderes constituídos, o que pode, senão melhor controlado, trazer sérios prejuízos ao sistema democrático de separação dos poderes. O agravante dessa nova realidade é o fato constitucionalmente posto de que o Poder Judiciário é o responsável pelo controle e garantia das liberdades públicas, e quando este passa a responder

---

<sup>21</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 18

<sup>22</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 19

<sup>23</sup> CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) A democracia e os três poderes no Brasil. 2002. p. 30

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

como a mais alta instância moral da sociedade, cria-se um poder sem qualquer controle.

Não se discute que num Estado com Constituições marcadamente principiológicas, a função dos Tribunais como intérpretes é indispensável. De qualquer forma, essa capacidade hermenêutica concedida pelo legislador constituinte, não pode ampliar-se enquanto poder de criação do Direito, sob pena de romper com a força normativa democrática advinda do império das leis.<sup>24</sup>

A nova interpretação constitucional é marcada pela concepção que esse sistema gerou do Direito, fixado em valores, arsenal de orientação do juiz na formação de sua livre convicção racional<sup>25</sup>. São os valores reconhecidos pela comunidade de intérpretes e consagrados no texto constitucional que irão garantir a segurança do sistema jurídico firmado em princípios, na medida em que são os limites objetivos da interpretação jurisdicional.

## **2. A CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTALISMO DE ANTOINE GARAPON E JÜRGEN HABERMAS**

Habermas e Garapon são os principais mentores da teoria denominada *procedimentalista*, que analisa os prejuízos trazidos após anos da colocação da agenda da igualdade sob a base do *welfare state*, e o alargamento da interferência estatal sob a vida social, recrudescendo, por um lado, a cidadania,

---

<sup>24</sup> “No entanto, a despeito da dimensão inevitavelmente ‘criativa’ da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, e que, por isso mesmo, não coloca em risco a lógica da separação dos Poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassam o direito escrito, devem proferir ‘decisões corretas’ e não se envolver na tarefa de ‘criação do direito’ a partir de valores preferencialmente aceitos.” CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** in VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil.** 2002. p. 38

<sup>25</sup> “A aceitação dos princípios como norma e sua ampla invocação em todos os níveis de realização do Direito aumenta a insegurança, fundada na incerteza do Direito, a clamar pelo estabelecimento de limites razoáveis na margem de liberdade da interpretação. Esse marco limitativo passa necessariamente pelo estudo dos valores, como elementos objetivos de avaliação.” LIMA, Francisco Meton Marques de. **As implicações recíprocas entre os valores e o direito.** in BONAVIDES, Paulo (et. al). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho.** 2006. p. 192

e por outro, potencializando 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.”<sup>26</sup>

Nas sociedades atuais o Poder Judiciário tomou maior espaço e os juízes colocam-se como esperança de resgate de uma democracia enfraquecida. O desencantamento do homem cívico, público e preocupado com o interesse comum é o primeiro fator para o fortalecimento de um ativismo judicial focado na estabilização das esferas sociais e políticas. Em termos globais os juízes somente ocupam o lugar tradicionalmente reservados as instâncias políticas, pelo enfraquecimento destas e do Estado depois da globalização. “A promoção contemporânea do juiz não se deve tanto a uma escolha deliberada, mas antes a uma reacção de defesa perante o quádruplo desmoronamento: político, simbólico, psíquico e normativo.”<sup>27</sup> A nova roupagem da modernidade encontra um indivíduo e uma sociedade sem seus referenciais de autoridade e sem estruturas ou instrumentos capazes de gerir as complexidades que geraram. Nesse ponto o juiz torna-se a identificação de autoridade na qual se depositam essas esperanças.

No escorço teórico de Tocqueville, a democracia é colocada sob um duplo aspecto: tanto como uma organização política, como a ascensão da agenda da igualdade de condições como seu guia. A igualdade, presente no texto legal não correspondia à igualdade de fato, nem sempre existente, mas na possibilidade de se alçar condições sociais melhores. O sentido dado por Tocqueville à democracia é o de uma sociedade igualitária, diferente de um sistema representativo normal.

---

<sup>26</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 24

<sup>27</sup> “A viragem judiciária da vida política – primeiro fenómeno – vê na justiça o último refúgio para um ideal democrático desencantado. O ativismo judicial, que é um dos sintomas mais aparentes, não passa de uma peça de um mecanismo mais complexo que necessita de outros mecanismos como o enfraquecimento do Estado, a promoção da sociedade civil e, obviamente, a força dos media. Os juízes só podem ocupar tal lugar com a condição de encontrarem uma nova expectativa política que as instâncias políticas tradicionais aparentemente não satisfazem.” GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. 1996. p. 22/23

Uma das respostas ao fenômeno da judicialização está na demonstração da fragilidade das instituições políticas e na falta de consenso quanto aos valores que a sociedade pretende garantir, fazendo necessário recorrer ao Poder Judiciário como guardião das promessas democráticas de igualdade. Os dois modelos recentes de política, liberal e Estado-providência, estão esgotados e uma nova ordem está em formatação.<sup>28</sup>

A lei que no positivismo é o sustentáculo da divisão entre os poderes, e o muro divisor entre a soberania popular e o poder da pena dos juízes, torna-se um instrumento caduco, na expressão de Garapon, quando seu conceito é dissociado do conceito de justiça. Uma das prováveis causas de seu fracasso é o enfraquecimento de seu poder regulamentador e por outro sua alta maleabilidade e futilidade. Nos Estados atuais, o Poder Legislativo inflacionou a produção de leis, como consequência tornou-as descartáveis. O principal efeito é a falta de obediência às regras e a necessidade do direito se resgatar a partir da aproximação com os princípios.<sup>29</sup>

Nos Estados firmados sobre o positivismo jurídico, prevalecia a concepção monista, direito e Estado se confundiam, orientados pelo formalismo e imperativismo da norma legal. O apego à segurança jurídica, premissa da separação de poderes, tolhia a criatividade dos juízes e os tornavam meras vozes da vontade do legislador, práticas de um paradigma racional e instrumental.

A vulnerabilidade do texto legislativo é acompanhada pela incapacidade do Parlamento em fazer leis com consistência e abrangência suficiente para regulamentar a complexidade da vida social. Por um lado, a legislação cai sob as mãos de burocratas e economistas que, técnicos na economia complexa da modernidade, dão respostas provisórias e de acordo com os interesses do

---

<sup>28</sup> "O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que os fundamentam, este últimos pediram à justiça que zelasse pelos seus juramentos." GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** 1996. p. 22/23

<sup>29</sup> "O recurso à regulamentação legislativa, de que o político usa e abusa, ameaça a esgotar o sistema jurídico. É preciso que o direito recupere a sua destreza. Isto só será possível se conceber não exclusivamente sob a forma de regras mas também sob a forma de princípios." GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** 1996. p. 37

mercado globalizado. Por outra perspectiva, a lei, quando aprovada no legislativo, é mais reposta às coligações e acordos de interesses do que expressão da vontade geral. "O compromisso preza os termos vagos e as medidas ambíguas que não suscitam o desacordo. A lei torna-se *um produto semiacabado que deve ser concluído pelo juiz.*"<sup>30</sup>

A judicialização dos problemas políticos alcançou níveis supranacionais, e a busca da agenda da igualdade e da intervenção dos tribunais nos problemas conflituosos promoveu a instalação do Tribunal Penal Internacional, e de outras diversas cortes de justiça tanto na América como na União Européia<sup>31</sup>. A intenção é que uma mesma justiça possa dizer e resolver todos os problemas. Se todos os processos contemporâneos são justiciáveis, o jurídico deve ser chamado para resolvê-los. É esclarecedor nesse sentido o crescimento vultoso da proteção dos crimes contra a humanidade. "A justiça não pode apenas limitar-se a dizer o justo, ela deve simultaneamente instruir e decidir, aproximar-se e manter as suas distancias, conciliar e optar, julgar e comunicar."<sup>32</sup> Não se espera atualmente um judiciário somente árbitro mas que seja também instituição que define o bem e o mal, ou seja, a última instância moral da sociedade.

A crescente proliferação no momento pós segunda guerra mundial de instrumentos internacionais de proteção da dignidade humana, promovem uma revisão do sistema nacional de proteção de direitos e alavancam a ideia de que o indivíduo tem garantidos direitos na esfera internacional na condição de sujeito de direitos. A legitimidade postulatória, antes somente garantida aos Estados-membros, tem se alargado para aceitar o peticionamento direto das próprias vítimas.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** 1996. p. 38

<sup>31</sup> "Não será preciso relembrar que a construção européia foi jurídica antes de ser política. Esta construção de um espaço supranacional é a demonstração de que uma comunidade política pode prescindir – aparentemente – do seu executivo." GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** 1996. p. 39

<sup>32</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** 1996. p. 21

<sup>33</sup> "Diante deste cenário, é necessário que se avance no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. [...] a avaliação do legado dos último cinco anos (1998-2002) permite vislumbrar a marca do crescente processo de justicialização do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Basta apontar quatro fatores: a) a criação do Tribunal Penal Internacional

A evolução do direito internacional e do direito humanitário tem contribuído de forma decisiva para recolocar o indivíduo como sujeito de direito internacional e não simplesmente como destinatário final da regulação e dos tratados celebrados pelos Estados. Segue-se, neste caminho, para reconhecer a plena capacidade postulatória dos indivíduos perante as Cortes Internacionais como forma de efetivar e consolidar a proteção dos direitos humanos.<sup>34</sup>

A fácil constatação é de que o enfraquecimento da lei é também resultado da aceitação no sistema jurídico interno de fontes supranacionais. É exigência das Convenções e Tratados internacionais firmados pelos países signatários, no âmbito da Comunidade Europeia ou nos continentes americanos, que o sistema jurídico interno esteja coerente com as exigências de proteção à dignidade humana, cláusulas de proteção firmadas em convenções internacionais. Esses textos firmam prerrogativas individuais que estão em patamar superior às leis internas, trazendo aos juízes o poder de atualizar o legislador de acordo com os princípios internacionais assumidos pelos países.

Esse duplo esgarçamento do político, por um lado o esvaziamento de conteúdo da legislação, por outro a desnacionalização do direito e da soberania parlamentar, demonstra esse deslocamento do reconhecimento do justo nos métodos de justiça e não mais na política. “A justiça, aliás, forneceu à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc.”<sup>35</sup> Nesse contexto de

---

[...] b) a intensa justicialização do sistema interamericano [...] c) a democratização do acesso à jurisdição da Corte Europeia de Direitos [...] e d) a adoção da sistemática de petição individual relativamente a tratados que não incorporavam tal sistemática [...] cabendo menção [...] ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulher [...].” PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e a jurisdição constitucional internacional.** in. BONAVIDES, Paulo (et. al). Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. 2006. p. 129

<sup>34</sup> “Carecem, definitivamente, de sentido, as tentativas do passado de negar aos indivíduos a condição de sujeitos do direito internacional, por não lhe serem reconhecidas algumas das capacidades de que são detentores os Estados (como, e.g., a de celebrar tratados). Tampouco no plano do direito interno, nem todos os indivíduos participam, direta ou indiretamente, no processo legiferante, e nem por isso deixam de ser sujeitos de direito.” TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito no direito internacional.** in ANNONI, Danielle (coord.). Os novos conceitos do novo direito internacional. p. 6

<sup>35</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** 1996. p. 42

significações os juízes figuram como nova representação ética das ações coletivas.

A ação coletiva identifica-se mais com a forma processual do que com a política. Quando se afigura a imparcialidade do Estado, termo ligado essencialmente ao vocabulário jurídico, transparecendo ao mesmo tempo o esfacelamento da crença na política e o direcionamento à justiça. "A justiça encarna, hoje em dia, o espaço público neutro, o direito, a referência da acção política, e o juiz, o espírito público desinteressado."<sup>36</sup>

O direito tornou-se referência para ação política, muito mais pelo espaço público que os juízes vêm alcançando nas democracias atuais, do que pela atuação específica dos membros da magistratura. O que se transforma não é somente a atuação do judiciário, mas a compreensão própria da democracia, desvinculada do âmbito político e aclamada por critérios de justiciabilidade assegurados pelo Poder Judiciário. "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."<sup>37</sup>

O deslocamento da democracia da base do Estado para a justiça, ainda que tênue, não pode ser considerado insignificante pelas consequências que expõe e gera. O sucesso da justiça traz o fortalecimento dos juízes e do judiciário e por outro extremo expõe a falência das instituições políticas tradicionais, que foram abandonadas por uma sociedade consumidora, apática e interessada tão somente por seus afazeres privados, "[...] mas esperando do político algo que este não lhes saberá dar: uma moral, um projeto duradouro."<sup>38</sup>

O judiciário expõe no processo um teatro onde atuam novos atores, organizações e minorias, sem que para isso haja necessidade de consenso político ou representações institucionais, o que não era permitido nos moldes tradicionais de

---

<sup>36</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. 1996. p. 42

<sup>37</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. 1996. p. 43

<sup>38</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. 1996. p. 45

participação política. As inter-relações entre os atores da democracia é mediada pelo direito e não mais pelo Estado, e a justiça, enquanto espaço de exigibilidade da democracia, é um ambiente prevalecentemente individual e permanente e não intermitente e coletiva como a política. "Através desta forma mais directa de democracia, o cidadão-litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação."<sup>39</sup>

O fator preocupante nesse deslocamento da democracia para os Tribunais é, principalmente, o teor das decisões jurisdicionais que reafirmam o individualismo e a supervalorização do conflito, enquanto na política o consenso e a compreensão dos processos de violência e conflito eram caminhos indispensáveis para busca do bem comum. O fortalecimento do direito e a preocupação incontornável pelos direitos negativos de defesa afastam a compreensão da política e dos limites das matérias dedicadas a cada uma das esferas. "O excesso de direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear a tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada.[...] Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto a escassez de direito."<sup>40</sup>

Firme à sua vocação toquevilliana, Garapon, aponta o esfacelamento da República que não mantém mais o fundamento essencial de sua constituição – a ideia de ordenação para um interesse comum da sociedade. Como afirma Vianna, "[...] depois de décadas de um processo de individualização que erodiu a base da noção de bem-comum e de esgarçamento da sociabilidade, ter-se-ia desnaturalizado – o civismo deveria provir da invenção e de reformas políticas que lhe devolvessem o alento da vida."<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. 1996. p. 46 "Num Tribunal, o resultado da reivindicação já não depende do braço-de-ferro entre as duas entidades políticas – um sindicato e o governo, por exemplo – mas antes da pugnacidade de um indivíduo que pode levar o Estado a ceder, estando ambos ficticiamente colocados em pé de igualdade." GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. 1996. p. 46/47

<sup>40</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. 1996. p. 51

<sup>41</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 27

Na proporção de Garapon, Habermas se coloca 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”.<sup>42</sup> Em sua proposta é inaplicável a judicialização da política, já que 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, em seu diálogo com liberais e comunitários, o paradigma procedimental de interpretação constitucional deve compatibilizar o processo deliberativo com uma interpretação de sentido deontológico das normas jurídicas.

Nesse sentido, frente ao pluralismo social, cultural e dos projetos individuais de vida, 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.”<sup>43</sup> A ética discursiva<sup>44</sup> de Habermas, fundamenta as normas morais nos procedimentos discursivos que serão submetidos a validade do consenso de todos os atingidos. Ao contrário da moral, o direito está próximo de uma teoria procedimental ideal, pois é independente dos participantes e pode, por estes e por observadores externos, ser observado e corrigido, medida que se deve ao fato de ser vinculado com critérios institucionalizados.

---

<sup>42</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 28

<sup>43</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 204

<sup>44</sup> “As considerações propedêuticas que fiz até aqui tiveram por objetivo defender a abordagem cognitivista da ética contra as manobras dos cépticos relativamente aos valores e, ao mesmo tempo, encaminhar uma resposta para a questão: em que sentido e de que maneira podem ser fundamentados os mandamentos e normas morais. Na parte construtiva de minhas considerações quero, primeiramente, lembrar o papel das pretensões de validade normativas na prática quotidiana, a fim de explicar em que a pretensão deontológica, associada a mandamentos e normas, se distingue da pretensão de validade assertórica e a fim de fundamentar por que é recomendável abordar a teoria moral sob a forma de uma investigação de argumentações morais. [...] A tentativa de fundamentar a ética sob a forma de uma lógica moral só tem perspectiva de sucesso se também pudermos identificar uma pretensão de validade especial, associada a mandamentos e normas, [...]” HABERMAS, Jurgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 78/79

É nesse ponto que Habermas se aproxima da construção teórica de Dworkin<sup>45</sup>, no que concerne a compreensão da natureza obrigacional da norma, porém, se afasta deste teórico, quando este fala em “[...] processo hermenêutico orientado por princípios substantivos, como o enfoque monológico de *‘um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade’*”.<sup>46</sup> Na cadeia democrática, os Tribunais, e especificamente falando da figura do juiz, Dworkin<sup>47</sup>, coloca-os sob a perspectiva de um dos autores da produção criativa do direito, posicionado em momento posterior ao legislador. O judiciário segue, de acordo com sua convicção o sistema legal iniciado no Congresso, e assim, como responsável por interpretar essa legislação de acordo com o contexto que a envolve. Nesse processo, é possível que as decisões estejam apoiadas naquilo que foi debatido no Congresso, mas podem também, ser dissociadas desse argumento caso questionem até que ponto o Congresso deve submeter-se à opinião pública.

O que se depreende da doutrina habermasiana é que a “[...] combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada [...]”<sup>48</sup>, apresentam-se como pontos-chaves para compreender a forma democrática do direito sob o prisma procedimentalista.

O núcleo da compreensão do sistema procedimentalista do direito, é a “[...] *combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada* são a chave para se

---

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>46</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 205

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1999. p. 377 “Tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso. Ele irá se perguntar qual interpretação da lei [...] mostra mais claramente o desenvolvimento político e envolve essa lei.”

<sup>48</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 27

entender a gênese democrática do direito<sup>49</sup>. O substrato social necessário para realização dos sistemas de direito, segundo Habermas, não é orientado por uma sociedade de mercado, nem por um Estado de bem-estar que movimenta-se intencionalmente, “[...] mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos.”<sup>50</sup>

Para Habermas, no paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública é colocada como um passo anterior à produção legislativa, constituindo centro do debate político que gera impulsos comunicativos, sem que, contudo, tenha a pretensão de assumir as funções especificamente políticas. As diferentes formas de participação e de opinião pública que emergem dos espaços públicos, geram um poder comunicativo com efeito duplo: “a) autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.”<sup>51</sup>

A teoria procedimentalista procura dar luzes ao novo contexto político-jurídico resultante do Estado de bem-estar. São pontos importantes em seus fundamentos o reconhecimento sob o ângulo da teoria do direito de que 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.”<sup>52</sup>

Noutro ponto, Habermas<sup>53</sup> coloca a capacidade da comunicação jurídica de mediar sociedades globais mesmo que extremamente complexas, e ainda,

---

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. 2003. p. 186

<sup>50</sup> Aponta Habermas, que, “Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. 2003. p. 186

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2003. p. 187

<sup>52</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2003. p. 181

<sup>53</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2003. p. 181

aponta para divergência da compreensão dos modelos jurídicos liberal e do Estado Social, que absorvem a realização do direito de maneira muito concretista, escondendo a relação interna entre autonomia privada e pública. Os dois modelos, liberal e de bem-estar, que procuram assegurar a igualdade jurídica e a igualdade fática, respectivamente, estão firmados sobre equívocos por não manterem relação interna entre autonomia privada e pública, resumindo-se à distribuição de direitos e de benefícios sociais, em cada caso, buscando a realização da concepção individual do cidadão acerca de uma vida digna.<sup>54</sup> O cerne da teoria procedimentalista habermasiana, está na autonomia de indivíduos que ao se reconhecerem como iguais numa comunidade jurídica tornam-se autores de seus direitos e não se resumem a destinatários do bem-estar. Dessa fórmula que decorre a legitimidade do direito como vinculada a autonomia pública e privada do cidadão, associando o direito legítimo à democracia.<sup>55</sup>

Analisar a judicialização da política sob o enfoque procedimentalista habermasiano é reconhecer a transferência das competências legislativas para os Tribunais como consequência da ineficiência do Parlamento que não esgota sua função de regulamentar as matérias adequadamente. A função precípua dos Tribunais é “[...] mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o ‘direito e a lei’ [...]”<sup>56</sup>, enquanto ao legislador é imposta a obrigação de interpretar e estruturar direitos. Nesse ponto a proposta procedimentalista restringe as competências dos Tribunais constitucionais, postura que visa proteger os espaços públicos e garantir o processo democrático, transformando, consequentemente,

---

<sup>54</sup> “O equívoco de ambos os paradigmas, segundo Habermas, é acreditar que a justiça se vincula a uma certa ideia 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.” CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 209

<sup>55</sup> “Ao associar direito legítimo e democracia, o paradigma procedimental habermasiano compartilha com os comunitários o compromisso com o processo político deliberativo que assegura não apenas a produção como a interpretação dialógica do direito.” CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2004. p. 209

<sup>56</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2003. p. 183

o espaço deixado pelo cliente do Estado Social, para ser ocupado pelo cidadão engajado politicamente na luta pela concretização do princípio da igualdade.<sup>57</sup>

Nesse contexto, a jurisdição será conclamada a decidir em “[...] zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito -”<sup>58</sup>, exigindo uma nova fundamentação e justificação que poderia ser obtida através da formação de um espaço público jurídico em substituição aos especialistas, problematizando as decisões em controvérsias públicas.

Segundo Habermas<sup>59</sup>, o alargamento das competências dos Tribunais, na doutrina construtivista de Dworkin, leva ao risco de tornar indefinível os limites entre as competências típicas de julgar do judiciário e a invasão na esfera legislativa que esse processo a levará, o que faria sucumbir a estrita e necessária ligação entre a administração e a lei. A prática jurisdicional alcança sua legitimidade quando está em conformidade com a lei, que por sua vez, será legítima quando perseguir um processo legislativo constituído e democrático que não está reservado aos órgãos jurisdicionais.

Ao passo que não é dado ao legislador contrapor as decisões jurisdicionais para verificar sua pertinência com a intenção pela qual a norma foi criada, também deveria se restringir a atuação dos tribunais no que concerne à invasão sobre a lei construída pelo processo democrático. Assim, é que a proposta de Habermas inclui 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

---

<sup>57</sup> Nesse aspecto VIANNA (et. al.), ao falar da teoria de Habermas, dispõe: “Nesses termos, no paradigma procedimental de Habermas o cidadão não seria um simples participante de um jogo mercantil nem um cliente de burocracias de bem-estar, e sim o ator autônomo que constituiria a sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a, em um fluxo comunicacional livre, para o interior do sistema político.” VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 29

<sup>58</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. 2003. p. 183

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2003. p. 297

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.”<sup>60</sup>

Muito mais importante do que colocar os tribunais como protetores de uma ordem suprapositiva de valores substanciais, em Habermas, como afirma Vianna (et. al.), a “[...] Cômite Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de 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.”<sup>61</sup> A importante divergência do ponto de vista procedimentalista, que o distancia do paradigma liberal e do Estado social, é que não está fundado num ideal de sociedade, que não exclui, *a priori*, o bem e o mal das visões políticas, mas é formal apenas no sentido de garantir 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.<sup>62</sup>

Da contraposição entre o modelo liberal e seu substituto, o Estado social, transparece uma transformação na conceituação dos direitos fundamentais que se reflete na jurisprudência. No paradigma liberal era clara a divisão entre a esfera dos indivíduos que buscavam, com autonomia, seus interesses privados e a felicidade, dos interesses públicos/comuns tutelados pelo Estado. “Tarefas e objetivos do Estado continuavam entregues à política; na compreensão liberal, eles não eram objeto da normatização do direito constitucional. A isso corresponde a compreensão dos direitos fundamentais como direito de defesa, referidos ao Estado.”<sup>63</sup> Nesse sentido, que esse modelo defende firmemente a ligação inextrincável entre a justiça e a administração à lei. Também, afirma que o judiciário cabe decidir de acordo com a história das instituições políticas legislativas, enquanto o legislador tem sua visão voltada para o futuro e a administração se ocupa dos problemas atuais. Da junção dessas compreensões,

---

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. p. 301

<sup>61</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 29

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I, 2003. p. 10

<sup>63</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I, 2003. p. 305

é que para os liberais a Constituição deve assegurar, antes de mais nada, o conflito entre a população desarmada e o poder constituído do Estado.<sup>64</sup>

O que o Estado social faz, e o paradigma liberal repudia, é aproximar a jurisdição da busca de fins, objetivo reservado ao Estado enquanto administração, e para isso, flexibiliza a ligação da justiça com o legislador político, “[...] na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins.”<sup>65</sup> O temor desse novo paradigma é a confirmação da estrutura jurisdicional como substituto ao legislador, solapando a legitimidade que não lhe foi concedida democraticamente, e por outro viés, põe à evidência uma estrutura jurídica volatilizada de acordo com as vontades da administração.

Ao trabalhar seus aportes teóricos no paradigma procedimentalista, Habermas apresenta as distinções necessárias em paralelo aos paradigmas liberal e republicano. Primeiro ponto, apontado por Habermas, refere-se a própria compreensão das liberdades negativas dos cidadãos, que na modernidade liberal referem-se ao direito de proteção contra as ingerências de um Estado administrativo, e no republicanismo compreende as liberdades positivas como a possibilidade de cidadãos participarem do espaço público com igualdade de condições.<sup>66</sup> Porém, decisivo para distinção dos dois paradigmas é a compreensão do próprio processo democrático. Para os liberais, segundo Habermas, “[...] o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas [...]”<sup>67</sup>, organizando as estruturas de acordo com a economia. A política nesse ponto, restringe-se a opor interesses

---

<sup>64</sup> “Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes. Nisso se encaixa a representação positivista do direito, que o tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I, 2003. p. 305

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I, 2003. p. 306

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I, 2003. p. 331

<sup>67</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I, 2003. p. 332

sociais privados para um Estado com função de aparelho administrativo com fins coletivos. No modelo republicano, a política “[...] é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético – como o *medium* no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca [...]”<sup>68</sup>, e, conscientes de sua condição de cidadãos configuram as relações de reconhecimento recíproco.

Viana (et. al.)<sup>69</sup>, identifica na teoria procedimentalista habermasiana, uma simpatia ao republicanismo, e o fato de que o contrato social rousseauiano seria renovado constantemente pela competição na esfera pública, nas constantes revoluções no campo da produção do direito. Nessa perspectiva, os princípios não devem ganhar qualquer vocação substantiva de direitos materiais, e sim, garantir os processos de formação de opinião pelo acesso de todos aos meios de comunicação e participação.

O resultado das conexões entre a democracia deliberativa e a representativa seria a chave para compreensão do pensamento procedimentalista. Por democracia deliberativa, a teoria habermasiana entende o lugar de influência de onde as associações voluntárias e as redes de organização disseminam convicções práticas, no que, se afasta da compreensão de Garapon como um

---

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I, 2003. p. 333. Habermas aponta, ainda, outras distinções importantes: “(a) Em primeiro lugar, diferenciam-se os conceitos do cidadão. Na interpretação liberal, o status dos cidadãos determina-se primariamente a partir dos direitos negativos que eles possuem em relação ao Estado e outros cidadãos. Enquanto portadores desses direitos, eles gozam, não somente da proteção do Estado, na medida em que perseguem seus interesses privados no âmbito de limites traçados por leis, como também a proteção contra a intervenção do Estado que ultrapassam o nível de intervenção legal. [...] Na interpretação republicana, o status dos civis não se determina pelo modelo das liberdades negativas que essas pessoas privadas, enquanto tais, podem reclamar. Os direitos dos cidadãos, em primeira linha os direitos políticos de participação e de comunicação, são, ao invés, liberdades positivas. [...] A justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais e entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. 2003. p. 331/335

<sup>69</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 1999. p. 31 “O campo conceitual e político dos direitos humanos não entraria em competição, desse modo, com a soberania popular, uma vez que eles tenderiam a se identificar. E a separação entre os Poderes emergiria como um resultado lógico de um processo assim orientado, em razão de, por sua própria natureza, não caber uma contraposição entre a formação da opinião de todos e a vontade da maioria.”

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

circuito alternativo. Esse paradigma permitiria que o poder comunicativo permeasse constantemente o poder político sem que viesse pretender tomá-lo para si.

As formulações habermasianas não ignoram a necessidade de que a sustentação do paradigma procedimentalista importa no fortalecimento da consciência política da liberdade, do contrário, não é possível a formação de uma vontade politicamente racional.

O saudosismo republicano é marca presente no preconceito de Habermas e Garapon quanto à invasão do direito nas sociedades contemporâneas. Em suas compreensões da atividade jurisdicional e no próprio processo democrático na atualidade, não há espaço para a intervenção de um ativismo judicial ou a presença de um terceiro gigante, como teoriza Cappelletti.<sup>70</sup> Reserva-se ao Poder Judiciário somente a função de garante das regras do procedimento discursivo, bem como a presença de todos no processo e na formação política da opinião e vontade soberana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A crescente intervenção do Poder Judiciário na arena política, decidindo questões até então reservadas ao Poder Legislativo, vem resultando no que se denomina como judicialização da política. O texto constitucional, de ampla abertura hermenêutica, abriu espaço para a crescente atuação dos juízes em temas até então decididos através do sistema político e não jurídico.

Parte da teoria constitucional defende esse novo papel dos juízes na arena política, como atuação indispensável para concretização dos direitos sociais e políticos garantidos pelo texto constitucional, que permite a expressão criativa do

---

<sup>70</sup> É saudável lembrar que, como afirma VIANNA (et. al.), o resgate republicano se na obra de Habermas pode ser tomado como sistemático, em Garapon é eclético, pois se serve da idéia de “[...] república no seu diagnóstico, mas não em sua intenção normativo, quando parece aderir ao enunciado pós-moderno de François Ost, com seu direito ‘líquido, intersticial e informal’, tal como estaria sendo produzido pluralisticamente na periferia do sistema.” VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 1999. p. 32

Poder Judiciário inclusive sobrepondo-se a atuação do parlamento. Por outro lado, a teoria procedimentalista, capitaneada neste trabalho especialmente por Jürgen Habermas e Antoine Garapon, apresenta severa crítica ao agigantamento do Poder Judiciário na vida política, identificando como claro esfacelamento da atuação democrática do Poder Legislativo.

Verifica-se na importante crítica procedimentalista, que o crescimento exacerbado da atuação do Poder Judiciário em questões políticas pode resultar no esfacelamento da esfera pública democrática onde deveriam ser discutidas as bases das mudanças políticas através de um processo de participação e pluralidade. O enfraquecimento da legitimidade do Poder Legislativo, tem provocado uma crescente judicialização das relações políticas, diante da busca de efetivação das promessas da democracia não realizadas pela inefetividade do texto constitucional.

No entanto, o ideal para a teoria procedimentalista é que fosse restado o sentimento democrático através da estruturação do espaço público democrático de debate. Para isso, a função do Poder Judiciário deveria ser tão somente de estabelecer as regras do jogo político, garantindo igualdade de participação e instrumentos de acesso a arena política, sem, contudo, interferir no processo de decisão.

A proposta deste artigo em discutir a judicialização da política a partir da teoria procedimentalista, parece demonstrar a necessidade de rediscussão da função do Poder Judiciário na atualidade e a necessidade de revigoração da atuação do Poder Legislativo, especialmente na construção de uma arena pública de debate político democrático, fortalecida pelo reconhecimento social de sua legitimidade. Nesse processo, a atuação do Poder Judiciário deve ser, tão somente, garantir os instrumentos de igualdade de participação no processo democrático de construção política.

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Constituição Dirigente. *in* BONAVIDES, Paulo (et. al). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *in* VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2 ed. São Paulo: 2005.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. Lisboa: Piaget, 1996.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **As implicações recíprocas entre os valores e o direito.** in BONAVIDES, Paulo (et. al). **Constituição e Democracia:** estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003..

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. in BONAVIDES, Paulo (et. al). **Constituição e Democracia:** estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril, 1985.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito no direito internacional. in ANNONI, Danielle (coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Submetido em: Outubro/2014

Aprovado em: Outubro/2014