VIDERE
V. 13, N. 28, SET.-DEZ. 2021
ISSN: 2177-7837

Recebido: 07/07/2021.
Aprovado:10/09/2021.

Páginas: 331-346.

DOI: 10.30612/videre.v13i28.14605

*
Mestre em Direito
Universidade Federal do Piauí.
caio.souza@themas.com.br
OrcID: 0000-0001-7258-1295

**
Doutor em Direito
Universidade Federal do Piauí.
OrcID: 0000-0002-2821-1235

CC BY NC SA

Judicialização da megapolítica e o argumento de Dworkin em xeque: o Supremo Tribunal Federal como foro de política

Judicialization of megapolitics and Dworkin's argument under check: Supreme Federal Court as a policy forum

Judicialización de la megapolítica y lo argumento de Dworkin en jeque: la Suprema Corte Federal como foro de política

Caio Vinícius Sousa e Souza[*]
Sebastião P. Mendes da Costa[**]

Resumo
Estudos empíricos evidenciam que, a partir da segunda metade do século XX, houve acentuado deslocamento de poder político das instâncias eleitas ao poder judiciário. Condições normativas, institucionais, interpretativas, sociológicas e, sobretudo, político-estratégicas explicam o quadro de expansionismo judicial até o seu estágio mais avançado: a judicialização da megapolítica. Nesse contexto, o poder judiciário para além de decidir sobre aspectos de bem-estar geral, passou a argumentar clara e evidentemente a partir de critérios político-pragmáticos. Nesse trabalho, defende-se que o argumento de Ronald Dworkin relacionado ao foro de princípio é inaplicável em comunidades cujas constituições são orientadas para política (policy) e não apenas para princípios (polity), como é o caso brasileiro. Argumenta-se que os princípios da democracia e da separação dos poderes restam vulnerados quando juízes constitucionais se utilizam de forma sincera de pautas políticas como elementos de razão judicial. Para tanto, utilizar-se-á no trabalho metodologia baseada em revisão de literatura.

Palavras-chave: STF. Foro de política. Ronald Dworkin. Judicialização da megapolítica.

Abstract
Empirical studies show that, from the second half of the twentieth century, there was a marked shift in political power from the elected bodies to the judiciary. Normative, institutional, interpretative, sociological and, above all, political-strategic conditions explain the picture of judicial expansionism to its most advanced stage: the judicialization of megapolitics. In this context, the judiciary, in addition to deciding on aspects of general well-being, began to argue clearly and evidently based on political-pragmatic criteria. In this work, it is argued that Ronald Dworkin's argument related to the forum of principle is inapplicable in communities whose constitutions are oriented to politics (policy) and not just to principles (polity), as is the case in Brazil. It is argued that the principles of democracy and the separation of powers remain vulnerable when constitutional judges sincerely use political guidelines as elements of judicial reason. Therefore, will be use methodology based on literature review.

Keywords: STF. Policy forum. Ronald Dworkin. Judicialization of megapolytics.

Resumen
Los estudios empíricos muestran que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se produjo un cambio acentuado del poder político de los órganos electos al poder judicial. Las condiciones normativas, institucionales, interpretativas, sociológicas y, sobre todo, político-estratégicas explican el marco del expansionismo judicial hasta su etapa más avanzada: la judicialización de la megapolítica. En este contexto, el Poder Judicial, además de decidir sobre aspectos del bienestar general, comenzó a argumentar clara y evidentemente con base en criterios político-pragmáticos. En este trabajo, se argumenta que el argumento de Ronald Dworkin relacionado con el foro de principios es inaplicable en comunidades cuyas constituciones están orientadas a la política (política) y no solo a los principios (política), como es el caso de Brasil. Se argumenta que los principios de democracia y separación de poderes son vulnerables cuando los jueces constitucionales utilizan con sinceridad las agendas políticas como elementos de la razón judicial. Para ello, se utilizará en el trabajo una metodología basada en una revisión de la literatura.

Palabras clave: STF. Foro de políticas. Ronald Dworkin. Judicialización de la megapolítica.

INTRODUÇÃO

A queda dos regimes absolutistas e a consequente fundação dos estados liberais na Europa e nos Estados Unidos "marcaram uma profunda transformação no papel da Justiça, a começar pelo reconhecimento de sua autonomia como função estatal e, em alguns países, até mesmo como poder de Estado" (ARANTES, 2015, p. 30)

As experiências francesa, a partir da revolução de 1789, e americana, com o texto constitucional de 1787, deram origem a concepções distintas sobre o papel do judiciário em uma democracia moderna, embora ambas tenham sido influenciadas pelo pensamento político liberal. Rogério Arantes (2015, p. 31) destaca que a plataforma liberal na França foi utilizada para combater a monarquia absolutista, no que decorreu a proposta de enfraquecimento severo do poder executivo e na ascensão do parlamento como principal órgão da soberania popular. De outro lado, nos Estados

Unidos, a desconfiança dos *founders fathers* recaia sobre o próprio povo, admitindo-se que os governos populares não estavam imunes ao arbítrio. Assim, as maiorias populares deveriam encontrar no judiciário óbice a qualquer pretensão tirânica. Pela qualidade da síntese, transcrevem-se as palavras de Arantes (2015, p. 32):

> [...] entre os franceses a ideia de supremacia do Legislativo, bem como a profunda desconfiança dos revolucionários em relação à magistratura do Antigo Regime, não poderiam levar a uma valorização do Judiciário como poder de Estado. Nos Estados Unidos, a preocupação com o direito de propriedade frente à voracidade legislativa de governos populares acabou elevando o Judiciário à condição de poder político, capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, na defesa dos direitos individuais deste último (principalmente o direito à propriedade).

Dessa feita, a partir da análise histórica dos modelos francês e americano, é possível concluir que o poder judiciário pode assumir feição institucional com mais ou menos poder de participação no processo político. Em outras palavras, os juízes podem desempenhar a importante função estatal de julgar casos particulares, aplicando-lhes a lei, sem, contudo, exercer papel político no processo decisório normativo; ou, para além da função ordinária de julgar casos concretos, podem controlar atos normativos dos demais poderes, no que resulta sua condição de poder de Estado ou poder político[1].

Nesse último caso, em geral, o poder judiciário é estruturado em um corpo especial de funcionários públicos dotados de independência funcional suficiente para obstar anseios populares desmedidos ou maiorias legislativas descompromissadas com direitos das minorias e com as liberdades individuais.

Aléxis de Tocqueville, em razão das garantias e privilégios de que dispunham os juízes em plena república americana, não hesitou em classificar a magistratura dos Estados Unidos como "nova aristocracia". Entretanto, admitiu que

> A magistratura independente era a última barreira às paixões democráticas desenfreadas, e sua autonomia poderia ser considerada condição de sobrevivência do próprio regime republicano, sujeito a investidas constantes da maioria política contra os direitos de liberdade (ARANTES, 2015, p. 34).

No Brasil, a Constituição Republicana de 1891, de inspiração norte-americana, inaugurou a história do poder judiciário nacional como poder político, concedendo a todos os juízes a possibilidade de averiguar a constitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição Federal, técnica denominada pela doutrina de controle

1 Segundo Marcos Faro de Castro (1996, p. 2), a partir da década de 1980 houve um aumento do poder decisório do Judiciário, principalmente devido ao ativismo judicial e ao interesse de autoridades administrativas em adotar procedimento semelhante aos adotados em processos judiciais.

difuso de constitucionalidade. A seu turno, a Constituição de 1946, por meio da Emenda Constitucional n.º 16/1965, estabeleceu de forma inédita o controle concentrado de constitucionalidade de normas infraconstitucionais a partir da instauração de Ação Direta de Inconstitucionalidade de competência originária do STF. Por último, a Constituição Federal de 1988 ratificou o poder judiciário brasileiro como poder político, a quem foi garantida independência funcional para o exame difuso e concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos (VIANNA *et al*, 1999; SCHEIFER *et al*, 2016), tomando-se como parâmetro o texto constitucional vigente[2].

O *judicial review*, portanto, faz parte da tradição judicial brasileira, relacionando-se intimamente com a função contramajoritária do poder judiciário, para a qual é indispensável a garantia da sua independência funcional.

A legitimidade da revisão judicial é defendida tradicionalmente, sob o marco teórico do constitucionalismo liberal, a partir do argumento da proteção de direitos e da salvaguarda do processo democrático. Todavia, a tese tem sido criticada sob outros ângulos, notadamente da ciência política, pelos quais se enxergam novas razões legitimadoras da opção por se ter um sistema de controle constitucional.

Enfraquece-se, dessa feita, o argumento de Ronald Dworkin no sentido de que as cortes constitucionais seriam legitimadas ao controle de constitucionalidade por serem o espaço mais adequado para a discussão sobre princípios. Além do mais, em países cujas constituições são orientadas para critérios de política (*policy*) e não apenas de princípios (*principles*), é forte a tendência ao uso de argumentos político-pragmáticos por juízes constitucionais, o que tem sido observado em boa medida no caso brasileiro.[3]

O tema tem ganhado espaço no debate acadêmico, notadamente em vista do protagonismo de juízes em assuntos de importância política decisiva para o país. Este trabalho pretende demonstrar os riscos do expansionismo judicial no contexto brasileiro, em que juízes da corte constitucional tem se valido clara e honestamente de argumentos políticos no sentido dworkiniano do termo. Para tanto, dividiu-se o artigo em três partes de corpo. Na primeira, será demonstrado o contexto de ascensão institucional do poder judiciário até o longínquo espaço da megapolítica. Na segunda seção, será evidenciado e criticado o argumento de Ronald Dworkin que relaciona o controle constitucional à qualidade das cortes constitucionais para deliberação sobre princípios. Na terceira, serão explanados exemplos de decisões tomadas pelo STF com base em pautas argumen-

2 Rafael Thomaz Favetti (2003) mostra que a política fiscal da década de 90 no Brasil teve como um dos principais atores o STF e foi impactada pela utilização do controle de constitucionalidade, principalmente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), em nítido exemplo de judicialização da política.

3 Há pesquisas sobre a judicialização da política na esfera estadual, como se percebe no trabalho de Adriana Duarte de Souza Carvalho (2016) sobre o direito à saúde e a análise da jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

tativas de cariz político-pragmático. Ao final, serão tecidas considerações finais.

No que tange à metodologia, utilizar-se-á primordialmente a revisão de literatura, coletando-se livros, artigos e dissertações que sejam referências à compreensão do objeto do artigo e à elucidação das proposições teóricas que serão utilizadas para fundamentá-lo.

1 ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA

Após a Segunda Guerra Mundial, o paradigma do estado legislativo de direito passa a ceder espaço para o estado constitucional de direito. Durante o marco histórico referenciado, graves atrocidades contra a pessoa humana foram cometidas sob os auspícios da lei, para cuja validade, nesse novo paradigma, já não mais basta o referendo da vontade majoritária. Para ser válida, no estado constitucional de direito, a lei deve guardar obediência a um documento jurídico que lhe seja supremo e que tenha em seu centro axiológico a dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, à teoria jurídica, foram introduzidas novas fontes do Direito, marcadamente influenciadas por valores morais. Vingou, assim, a teoria dos princípios, que, com sua textura fluida, transbordam o texto constitucional, irradiando o ordenamento jurídico como um todo.

A técnica da subsunção, nessa virada de paradigma, pautada pela regra do "tudo ou nada", tornou-se ineficaz para resolução de casos difíceis, haja vista que, por serem, em geral, expressos em cláusulas abertas, através de conceitos indeterminados, os princípios quando em colisão não cedem por inteiro. Assim, novas técnicas de raciocínio jurídico, mormente, a ponderação e a tópica, ganharam espaço na aplicação do direito, almejando-se, em última análise, a resolução do conflito apresentado pelo caso concreto, sem, todavia, vergastar por inteiro os valores igualmente importantes do lado sucumbente.

Esse novo direito constitucional foi batizado de "neoconstitucionalismo", que, a despeito da diversidade de diversos movimentos neoconstitucionais pelo mundo, quer significar substancialmente (BARROSO, 2004, p. 32): "a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional".

No que se refere especificamente ao expansionismo judicial, Ginsburg e Versteeg (2014, p. 587) comprovam empiricamente a tese: em 1951, 38% dos sistemas constitucionais ao redor do mundo possuíam alguma forma de controle de constitucionalidade, ao passo que, em 2011, o número passou para 83%.

O poder judiciário, nesse cenário de supremacia constitucional e crescimento

institucional, passa a ser acionado para resolver conflitos que, até o momento, eram inalcançáveis, como, por exemplo, "[...] processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas do Executivo, identidades coletivas e processos de construção nacional" (HIRSCHL, 2006, p. 172). Os limites entre direito e política, bem como a doutrina tradicional da separação de poderes estão, nesse momento, seriamente desafiados. Barroso (2017, p. 24), então, sugere:

> A energia despendida na construção de um muro de separação entre o Direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada. Cuida-se de entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do Direito.

Assim, com vistas a compreender as interações inevitáveis entre direito e política, especificamente no que toca ao expansionismo judicial sobre agendas políticas, Rodrigo Brandão (2017, p. 396) registra três tipos de condições para o fenômeno: as políticas, as institucionais e as interpretativas.

As primeiras estariam relacionadas, fundamentalmente, à democracia, ao federalismo e à separação de poderes, que formam um regime de sensível fracionamento do poder e, por consequência, servem de terreno fértil para problemas de coordenação entre as partes do jogo político que tendem a ser dirimidos pelo Judiciário. Ran Hirschl (2012, p. 31) é claro ao descrever tal abordagem:

> Por isso a proliferação da democracia em todo o mundo é apontada como a principal causa da judicialização e da expansão do poder judiciário de modo mais geral. Por sua própria natureza, a instituição de um regime democrático implica alguma forma de separação de poderes entre os principais poderes do governo, assim como entre um legislativo central e os legislativos provinciais/regionais. Também implica a criação de normas governamentais procedimentais e de processos decisórios aos quais todos os atores políticos devem aderir. A persistência e a estabilidade de tal sistema exigem, ao menos, um judiciário semiautônomo e supostamente apolítico para atuar como árbitro imparcial em litígios que dizem respeito ao alcance e à natureza de normas fundamentais do jogo político. O judicial é tanto um pré-requisito quanto um subproduto da governança democrática viável em países federalistas com múltiplas camadas de poder. Em outras palavras, mais democracia é igual a mais tribunais.

Por sua vez, em relação aos fatores institucionais, aponta Rodrigo Brandão (2017, p. 396) para a maximização do controle de constitucionalidade, com a ampliação do rol de possibilidades de acesso à jurisdição constitucional objetiva, bem como para a catalogação generosa de direitos com eficácia direta e normatividade suficiente a sustentar sua exigibilidade em um processo judicial.

Por fim, no que tange às condições interpretativas, Brandão (2017, p. 396) refere à normatividade e abertura dos princípios, que, por conta de sua textura geralmente aberta, necessitam de preenchimento no caso concreto, sendo o Judiciário a instância mais habilitada para tanto.

Luís Roberto Barroso (2017, p. 7), por sua vez, aponta também três fatores que contribuíram para a judicialização da política. O primeiro refere-se à necessidade demonstrada após a Segunda Guerra Mundial de proteção dos Direitos Fundamentais e do *rule of law*. O segundo, a seu turno, concerne à desilusão da sociedade em relação às instâncias majoritárias, em vista de crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral. Por derradeiro, a terceira condição remonta à preferência dos próprios atores políticos em direcionar o debate sobre temas polêmicos, em que haja desacordo moral razoável na sociedade, para o Judiciário, de sorte a evitar o desgaste da deliberação de assuntos como a união homoafetiva, o aborto ou mesmo a descriminalização da maconha.

Maquiavel já havia percebido a necessidade da jurisdição constitucional como medida estratégica para o príncipe. Na lição de Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 216), comentando a organização tripartite de poder:

> É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

Ingeborg Maus (2000, p. 185), a seu turno, acrescenta uma condição sociológica para o fenômeno do expansionismo judicial: o apoio e confiança do povo. Segundo ela,

> Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Esse ganho de confiança é comprovado por pesquisas de opinião pública: entre as instituições políticas e sociais da República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional conta com o exorbitante percentual de 62% de aprovação da população. A título comparativo, a universidade atingiu apenas 2% e mesmo a televisão alcançou somente 34%.[4]

4 A autora cita a seguinte referência: Cf. Von Boyle, Klaus. "Institutionstheorie in der neuen Politikwissenschaft". In: Göhler, Gerhard (org.). Grundfragen der Theorie politischer Institutionen. Opladen, 1987, p. 55.

Além disso, alguns cientistas políticos têm apontado para a insuficiência de argumentos normativos para a justificação do fenômeno do expansionismo judicial ao redor do mundo. Barroso (2017, p. 7) explica, por exemplo, o *insurance model* de Tom Ginsburgh, aduzindo que o empoderamento das Cortes Constitucionais serviria como uma espécie de "seguro político" que garantiria as elites contra ingerências futuras incertas, a pretexto de proteger os direitos fundamentais.

Rogério Arantes (2013, p. 195) também é preciso a respeito das razões estratégicas teorizadas por Ginsburgh:

> Transferir poder a juízes e tribunais representa um custo para as elites políticas, mas elas preferirão este tipo de "seguro" se os custos prováveis de perdas eleitorais futuras lhes parecerem maiores. De fato, o momento constituinte representa uma oportunidade excepcional de barganha entre atores, envolvendo não apenas seus interesses imediatos, mas também suas projeções sobre sua condição política futura. A constitucionalização de preferências e a adoção de uma corte constitucional para a sua salvaguarda futura podem facilitar a negociação e a aprovação da nova constituição em contextos de fragmentação política.

Outra tese proveniente da ciência política é formulada por Ran Hirschl. Para ele (2004, p. 214), o deslocamento de poder para o judiciário tem a ver com razões estratégicas de ordem política, consistentes em um pacto entre três partes. São elas:

> As elites hegemônicas (e crescentemente ameaçadas) que pretendem proteger suas preferências políticas contra as vicissitudes da política democrática; as elites econômicas que comungam da crença no livre mercado e da antipatia em relação ao governo; e cortes supremas que buscam fortalecer o seu poder simbólico e sua posição institucional.

Ainda segundo Hirschl (2012, p. 28-29), o expansionismo judicial é gradual e se inicia com aparência de legitimidade em nome da defesa de direitos, sobretudo os das minorias, com forte carga consensual a respeito da necessidade de proteção judicial, como a defesa da igualdade, da liberdade e do devido processo. Porém, com a aceitação social e política de tal postura, a "juristocracia" passa a gozar de credibilidade suficiente a encorajá-la a ultrapassar a fronteira do Direito, chegando aos domínios mais distantes da política, chamados por ele de "megapolítica". Na tentativa de elucidar essa categoria, o autor assevera cuidar de "[...] assuntos de grandes e patente significância política que muitas vezes definem e dividem Estados inteiros". Os exemplos são vastos e vão desde resultados eleitorais e corroboração de mudanças de regime, até questões de guerra e paz, de identidade coletiva fundamental e de processos de construção de uma nação relativos à própria natureza e definição da mesma.

Hirschl (2006, p. 164), portanto, não acredita que a judicialização da megapolítica seja decorrente de condições institucionais ou normativas. Para ele, tais abordagens são simplistas e não explicam o fenômeno, que é, sobretudo, político:

> Os exemplos discutidos até aqui realçam o fato de que nem uma estrutura constitucional favorável ao ativismo judicial, nem juízes 'famintos por poder' ou tribunais constitucionais agressivos são condições suficientes para a judicialização da megapolítica. A afirmação da supremacia judicial do tipo que foi descrito neste artigo não pode acontecer ou se manter sem o suporte tácito ou explícito de atores políticos influentes. É pouco realista e até mesmo ingênuo supor que a definição de questões políticas centrais [...] poderia ter sido transferida para tribunais sem que essa transferência contasse com no mínimo o apoio tácito dos atores políticos relevantes nesses países.

Assim, com base em Stuart Scheingold, Hirschl (2006, p. 144) critica o chamado "mito dos direitos", entendido como pretexto discursivo da jurisdição constitucional para expandir seus "tentáculos" até os assuntos políticos da mais alta importância para a sociedade. Ou seja, de acordo o autor, grande parte do que é feito em nome da Constituição representa estratégias de enfrentamento com fins eminentemente políticos.

A experiência no Brasil contemporâneo tem sido acentuada em razão de os juízes, notadamente alguns ministros do STF estarem falando, sem o constrangimento imposto pelo ofício, para o povo e pelo povo. Em outras palavras, percebe-se que o falseamento discursivo consistente no recurso à Constituição e à proteção de direitos deixou de ser necessário. Os juízes, no Brasil, estão falando sobre política. Aberta e sinceramente.

2 CORTES CONSTITUCIONAIS: FORO DE PRINCÍPIO OU DE POLÍTICA?

Para elucidar o surgimento do controle de constitucionalidade – e, portanto, o poder político das cortes constitucionais – Ginsburg e Versteeg (2014, p. 588) abordam dois modelos explicativos: o ideacional e o estratégico. O primeiro "enfatiza a importância da proteção de direitos e do *rule of law,* ou a necessidade de serem protegidos contra caprichos da ação governamental". A partir desse modelo, defende-se a "noção de que a democracia significa algo mais do que a mera adesão à vontade da maioria" (HIRSCHL, 2013, p. 158). As cortes constitucionais, então, serviriam ao nobre compromisso de proteger direitos e a própria democracia de maiorias parlamentares desajustadas com os valores substantivos eleitos pela constituição.

Todavia, como visto, a literatura tem demonstrado empiricamente que o poder

político das cortes está relacionado a razões estratégicas e nada tem a ver com o discurso de proteção de direitos e salvaguarda do processo democrático. Tal explicação evidencia um descompasso entre a retórica legitimadora da revisão judicial de leis e o que de fato acontece em momentos constituintes.

A despeito de tal constatação, no sentido de que a criação de um sistema de controle constitucional, na prática, independe de razões normativas, mas sim da articulação política de elites hegemônicas, não há de se desprezar a relevância do argumento normativo para preservação de tal sistema no desenho institucional de uma democracia madura.

Nesse contexto, na defesa do *judicial review*, são levantadas teses no sentido de que as cortes constitucionais seriam o espaço mais adequado à deliberação sobre princípios relacionados a direitos básicos. Dessa feita, bem ao contrário de ser instituição que contraria o princípio democrático, a revisão judicial seria condição sem a qual inexistiria a própria democracia substantiva.

O argumento mais conhecido dessa versão teórica é construído por Ronald Dworkin em seu famoso ensaio "The Forum of Principle". Segundo ele, "o *judicial review* garante que os problemas mais fundamentais de moralidade política irão finalmente ser resolvidos e debatidos como questões de princípio e não apenas como questão de poder político" (DWORKIN, 1985, p. 70)

A ideia central de Dworkin defende, de forma resumida, que a legitimidade das cortes constitucionais para o *judicial review* é justificada por serem elas espaços em que o debate político é constrangido a levar em consideração argumentos de princípios (*polity*) e não apenas de política (*policy*).

Em que pese o relevo do argumento dworkiniano, é bem de se ver, entretanto, que sua aplicabilidade é restrita a comunidades em que a constituição é orientada apenas para princípios. Isso porque a constitucionalização de ideais políticos acaba por forçar a judicialização de assuntos de *policy*, que deveriam estar afetos às instâncias eleitas.

Nesse último caso, a má aplicação do argumento de Dworkin embaraça a compreensão do papel da corte constitucional de países cuja constituição é orientada – para além dos princípios – para a consecução de políticas públicas. É que o discurso legitimador das cortes constitucionais depende da crença de que sua atuação é dirigida, sobretudo, para proteção de direitos, o que tem sido defendido como argumento, mesmo quando, na verdade, esteja se decidindo sobre uma concepção de bem-estar geral ou interesse público (*policy*).

A constituição brasileira de 1988, por exemplo, é uma carta orientada por princípios e por procedimentos políticos. Tal perfil constitucional, em casos envolvendo *policy*, torna inaplicável o argumento de Dworkin relacionado ao foro de princípio.

Contudo, em alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a tese dworkiniana, que releva a competência da corte constitucional para salvaguarda de direitos substantivos, foi utilizada para se atingir fins eminentemente políticos, no sentido do autor referido.

Suspeita-se que, nesses casos, a retórica dos direitos tenha sido utilizada para legitimar a atuação do tribunal constitucional perante os demais poderes e a sociedade. Nos últimos anos, todavia, é possível coletar decisões da corte constitucional brasileira em que argumentos de *policy* foram explicitados de forma honesta e clara pelos ministros que lhe compunham.

3 O CASO BRASILEIRO: O STF COMO FORO DE POLÍTICA

No Brasil, um bom exemplo de decisão *sincera* ocorreu por ocasião do julgamento das ADCs 29 e 30 e ADI 4578, em que o STF, adotando uma pauta nitidamente político-pragmática, decidiu pela constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, mais conhecida como "Lei da Ficha Limpa". Por ilustrar bem o tema, transcrevem-se as palavras do então Ministro Joaquim Barbosa:

> Somando-se a outros projetos já existentes sobre o assunto, não se pode negar que um projeto de lei de iniciativa popular que trata especificamente de um tema diretamente ligado à escolha dos nossos representantes, revela muito mais do que uma simples mobilização social. Revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política. Sem dúvida, há na sociedade brasileira um clamor pela superação do nosso passado clientelista e patrimonialista e pela transição para um futuro de virtude e de coparticipação. O que se busca é o abandono da complacência e da conivência com a falta de moral, de honestidade, que aqui e ali ganham foros de aceitação até mesmo pela via de expressões jocosas que não raro caem no gosto popular, como é o caso da execrável "ROUBA MAS FAZ". [...] O objetivo é avançar rumo a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da 'coisa pública', da res pública. Volto, pois, a enfatizar, não foi a iniciativa dos senhores parlamentares, mas sim a mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos que fez com que a Lei Complementar 135/2010 viesse finalmente a dar efetividade ao comando constitucional, homenageando um dos valores fundamentais da República que é a moralidade e a honestidade no exercício das funções públicas.

Em nova oportunidade, quando do julgamento de questão de ordem no quarto agravo regimental no Inquérito 4.435, em que o STF decidiu pela competência da Justiça Eleitoral para julgamento de crimes comuns conexos a crimes eleitorais, foi intenso o embate argumentativo entre discursos de direitos e discursos de política. O

Ministro Luís Roberto Barroso utilizou em sua argumentação categorias pragmáticas, invocando, por exemplo, a força normativa dos fatos. Em passagens do seu voto[5], assim aduziu:

> Não se interpreta o direito abstratamente, fora da realidade na qual ele pretende incidir e produzir efeitos. O Brasil vive um momento de corrupção estrutural, sistêmica e institucionalizada. [...] A operação "Lava-Jato" foi um divisor de águas no Brasil no enfrentamento dessa corrupção estrutural, sistêmica e institucionalizada a que me referi antes. Atingiu pessoas que saquearam o país por décadas a fio. Gente que se supunha imune e impune. Desnecessário que eu enfatize a quantidade de gente que não presta que devota ódio aos juízes, procuradores, delegados e agentes da Polícia Federal que a conduziram. [...] Portanto, Presidente, acho que não fará bem ao país [...], depois de anos de sucesso no enfrentamento da corrupção, mexer em uma estrutura que está dando certo, funcionando, para passar para uma estrutura [Justiça Eleitoral] que absolutamente não está preparada para isso.

A divergência instaurada pelo Ministro Edson Fachin e endossada pelo Ministro Barroso, todavia, restou vencida na conformidade do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, que teve seu posicionamento abonado pelo decano Ministro Celso de Mello, o qual, afastando o discurso político-pragmático, exarou voto focado em direitos:

> É na Constituição e na lei, e não na busca pragmática de resultados, independente de meios, que se deve promover o justo e o equilíbrio na tensão entre o princípio da autoridade de um lado e o valor de outro. O que se revela intolerável e não tem sentido é por divorciar-se do rule of law de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis possa traduzir frustração do processo penal1.

Independente do resultado do sobredito julgamento (Inq. 4.435), o fato é que, para além de argumentos densificados em princípios, tem sido frequente no Brasil a utilização sincera pelo Poder Judiciário de fundamentos de *policy*, ou seja, relacionados a objetivos políticos, sociais ou econômicos da comunidade.

Nesse sentido, em nítida crítica ao pensamento de Dworkin, parece estar correto Ran Hirschl (2012, p. 60), sobretudo, quando se leva em consideração a realidade brasileira:

> Qualquer teoria constitucional que se agarre a noção idealista de direito constitucional como uma virtude soberana sem qualquer ônus político ou que retrate sem reservas os tribunais constitucionais como 'foros de princípios' representará a realidade de forma completamente equivocada.

5 Até a data de entrega deste artigo, o acórdão sobre o processo referenciado ainda não foi publicado nos meios oficiais. A citação é transcrição da leitura do voto transmitido pela TV Justiça e disponível na rede mundial de computadores.

É nesse cenário que o Poder Judiciário, para além dos autos, tem passado a ser o protagonista nas discussões sociais e nas deliberações políticas de toda ordem, sendo suas razões veiculadas nos mais diversos meios de comunicação, o que tem animado a opinião pública sobre assuntos de natureza política. Essa "popularização" do STF foi bem capturada por Oscar Vilhena (2008, p. 442):

> Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela "TV Justiça" ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.

Ocorre que a judicialização da megapolítica e seu sintoma mais grave, que é o recurso sincero a fundamentos políticos nas decisões judiciais, podem implicar consequências indesejadas ao princípio democrático e à separação de poderes, notadamente sob a perspectiva de que o Poder Judiciário não é a arena mais adequada para influir na formação da opinião pública a respeito das agendas políticas, em vista da sua ausência de *accountability* decorrente de sua não responsividade eleitoral.

Defende-se que fundamentações de decisões judiciais a partir do recurso a razões políticas, em geral, com forte apelo moralista, pragmático e condizente com o que o povo quer ouvir, corroboram a perigosa percepção de que nos restam os juízes como "heróis da pátria". Talvez, não por outra razão, parte significativa dos brasileiros gostaria de ter um juiz na Presidência da República nas eleições nacionais de 2018[6].

Os riscos do perigo alertado residem no fato de que a legitimidade da atuação judicial e sua referibilidade à vontade do povo (*accountability*) decorrem de sua neutralidade política e da deferência *prima facie* ao parlamento nos assuntos de *policy* (BRANDÃO, 2017, p. 271).

Robert Lipkin (2006, p. 1.057), citado por Rodrigo Brandão (2017, p. 265), expõe que a responsividade ao povo implica três testes:

> (1) *input-accountability*: controle eleitoral sobre a escolha das autoridades públicas; (2) *process-accountability*: possibilidade de o eleitorado comunicar as suas preferências às autoridades durante o processo de decisão; (3) *output-accountability*: possibilidade de o eleitorado remover autoridade pública ou alterar as suas decisões, caso não concorde com elas.

6 Na pesquisa do Instituto Datafolha sobre o segundo turno da eleição presidencial de 2018, divulgada em 30.04.2017, divulgada pelo jornal Folha de S. Paulo, o nome do então Juiz Federal responsável pela operação "Lava-Jato", Sérgio Moro, venceria o candidato Luís Inácio Lula da Silva (Lula) numericamente, com empate técnico: 42% a 40%. Também foi cogitada a candidatura do Ex-Ministro Joaquim Barbosa à Presidência da República, embora com menos *frenesi* do que a do colega de toga Sérgio Moro.

A partir desse modelo, é possível concluir que o Poder Legislativo atende razoavelmente aos três testes, por meio das eleições periódicas dos seus membros e da natureza dialógica do processo legislativo. Por outro lado, o Poder Judiciário apresenta dificuldades em todos eles, cumprindo, no máximo, indiretamente o *input-accountability*, por meio do processo de escolha e sabatina de juízes pelos poderes eleitos; e o *process-accountability*, quando permite a participação de *amici curiae* ou realiza audiências públicas (BRANDÃO, 2017, p. 265).

Portanto, ao passo em que não se negam as interações inevitáveis entre Direito e Política, também é evidente que a concepção de separação dos poderes, mesmo moderada, impõe a necessidade de contenção de cada um deles dentro de esferas em que possam ser controlados, o que não acontece quando juízes se comportam como se estivessem em um inusitado palanque sem votos.

CONCLUSÃO

A partir da segunda metade do século XX, fatores normativos, institucionais, sociológicos e, sobretudo, político-estratégicos contribuíram para a ascensão mundial do poder judiciário, que passou a atuar nos mais longínquos campos da política, denominados por Ran Hirschl de megapolítica.

O marco teórico liberal da separação dos poderes, nesse momento, passa a ser desafiado pelo deslocamento de poder das instâncias eleitas para o judiciário e pelas superposições entre direito e política.

O argumento normativo de Ronald Dworkin no sentido de que a revisão judicial seria necessária em democracias maduras, na medida que forçaria a inclusão de argumentos de princípios no debate político, parece não ser aplicável em comunidades cujas constituições preferiram positivar aspectos de política (*policy*), para além de princípios (polity), como é o caso do Brasil.

Nessas comunidades, juízes constitucionais viram-se obrigados a decidir a respeito do que seria bom ou ruim para a comunidade em geral, a partir de parametrizações típicas de governo. No caso brasileiro, evidenciou-se que esse tipo de argumentação, nos últimos anos, tem sido utilizado de forma honesta e sincera: juízes constitucionais, no Brasil, estão falando sobre política.

Defendeu-se nesse trabalho que tal expediente suscita riscos perigosos aos dogmas liberais da separação dos poderes e da democracia liberal, em virtude do déficit de *accountability* do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário**: entre a Justiça e a Política. In: Sistema político brasileiro: uma introdução. 3. ed. Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra (org.). São Paulo: Unesp, 2015.

ARANTES, Rogério Bastos. **Cortes Constitucionais**. In: Leonardo Avritzer Newton Bignotto Fernando Filgueiras Juarez Guimarães Heloisa Starling (Ed.). Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 195–206.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista**: os papeis das Supremas Cortes e Tribunais na democracia. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004. Disponível em: https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22173109-rpge60livro.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jul. 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. Justiça social e saúde: o controle social de políticas públicas. **Revista Videre**. ISSN 2177-7837. Dourados-MS, v. 8, n. 16, 1. Semestre de 2016. p. 22-44.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. In: XX Encontro Anual da ANPOCS. 22 a 26 de outubro de 1996. Caxambu-MG. Disponível em: https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file. Acesso em 30 de março de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÉPOCA. **No 2º turno Lula empataria com Marina e Moro.** Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/04/epoca-negocios-datafolha-no-2o-turno-lula-empataria-com-marina-e-moro.html. Acesso em: 29 mar. 2019.

ÉPOCA. **Pesquisa eleitoral anima PSB e Joaquim Barbosa**. Disponível em: https://epoca.globo.com/politica/expresso/noticia/2018/04/pesquisa-eleitoral-anima-psb-e-joaquim-barbosa.html. Acesso em: 29 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. In: DWORKIN, R. (Ed.). **A Matter of Princple**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de constitucionalidade e política fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

GINSBURG, T. VERSTEEG, M. **Why do countries adopt constitucional review?** The Jornal of Law, Economics and Organization, v. 30, n. 3, p. 587-622, 1 ago. 2014.

HIRSCH, Alan. **Candor and prudence in Constitucional Adjutication**. George Washington Law Review, v. 61, n. 3, 1993.

HIRSCHL, Ran. **A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos**. In: Luiz Moreira (org.). Judicialização da política. São Paulo: 22 editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Publicado originalmente como "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide". Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

HIRSCHL, Ran. **The strategic foundations of constitutions**. Social and political, p. 157–181, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitucionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Revistas Novos Estudos, n.º 58, 2000.

SCHEIFER, Camila Escorsin; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pillatti Ferreira. Judicialização da política no Brasil: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileiro**. São Paulo. v, 14, n. 6, maio/ago 2016. p. 158-172.

STF. **ADCs 29 e 30 e ADI 4578**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 29/06/2012. Disponivel em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342. Acesso em: 20 jul. 2021.

STF. **Inquérito 4435 AGR-Quarto-QO/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe 20/11/2018. Disponivel em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750355976. Acesso em: 20 jul. 2021.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.