doispontos:
Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos

Democracia, tecnocracia e a questão da (im)parcialidade judicial

Democracy, technocracy and the issue of judicial (im)partiality

Cristina Foroni Consani
crisforoni@yahoo.com.br
Professora Adjunta no Departamento de Filosofia da UFPR

Resumo: As sociedades contemporâneas se encontram diante de uma dupla relação entre o poder judiciário e a política: no *âmbito normativo* a imparcialidade figura como um pressuposto; no *âmbito descritivo* a imparcialidade não se configura. Este artigo analisa este descompasso entre os âmbitos normativo e descritivo da relação entre poder judiciário e política em três momentos: primeiramente, apresenta-se a distinção entre julgamentos políticos e julgamentos judiciais elaborada por Nadia Urbinati; em segundo lugar, a partir da obra de Jeremy Waldron, questiona-se a tese da imparcialidade judicial e apresenta-se a defesa feita pelo autor de um modelo de revisão judicial em sentido fraco; em terceiro lugar, também a partir da obra de Waldron, mostra-se como a atuação política do judiciário afeta o ideal de Estado de Direito.

Palavras-chave: democracia, tecnocracia, imparcialidade judicial, separação dos poderes, Estado de Direito, Waldron.

Abstract: Contemporary societies are faced with a double relationship between the judiciary and politics: in the normative scope, impartiality appears as an assumption; in the descriptive scope, impartiality is not configured. This article analyzes this gap between the normative and descriptive scopes of the relationship between the judiciary and politics in three moments: first, the distinction between political judgments and judicial judgments elaborated by Nadia Urbinati is presented; second, the thesis of judicial impartiality is questioned and is presented a model of weak judicial review elaborated by Jeremy Waldron; thirdly, this paper analizes Jeremy Waldron's argumento on how the political performance of the judiciary affects the ideal of the rule of law.

Keywords: democracy, technocracy, judicial impartiality, separation of powers, rule of law, Waldron.

Recebido em 29 de maio de 2020. Aceito em 14 de outubro de 2020.

1. Introdução

Em um texto escrito em 1789, intitulado *Ideias sobre o despotismo*, Condorcet fez uma distinção que parece ainda hoje muito importante para se pensar as relações entre direito e política, entre o poder judiciário e a democracia, qual seja, a distinção entre despotismo direto e despotismo indireto.

Segundo Condorcet, "o despotismo direto ocorre em todos os países onde os representantes dos cidadãos não exercem o direito negativo mais extenso e não têm os meios suficientes para fazer reformar as leis que acham contrárias à razão e à justiça", já o despotismo indireto, "existe quando, apesar da resolução da lei, a representação não é nem igual nem real, ou quando se está submetido a uma autoridade que não é estabelecida pela lei." (CONDORCET, 2013, p. 30) Ao analisar os dois tipos de despotismo, Condorcet alerta que "é mais fácil livrar uma nação do despotismo direto do que do despotismo indireto; ela vê o primeiro, e sofre com o segundo sem o saber, frequentemente vendo aqueles que o exercem como seus protetores." (CONDORCET, 2013, p. 32)

Condorcet considerou que muitas instituições podem exercer um poder despótico indireto, como, por exemplo, o legislativo, o executivo, o exército e o judiciário. Acerca do despotismo indireto que pode ser exercido pelas cortes judiciais, ele ressalta que "o despotismo dos tribunais é o mais odioso de todos, porque emprega, para ser exercido e sustentado, a arma mais respeitável: a lei". (CONDORCET, 2013, p. 35) O filósofo francês faz uma advertência final ao afirmar que este tipo de despotismo "é mais inevitável ainda se esses tribunais têm alguma participação na potência legislativa, se eles formam um corpo entre eles, se seus membros são julgados por eles próprios." (CONDORCET, 2013, p. 36)

As considerações de Condorcet chamam a atenção para um ponto muito importante quando se trata da relação entre os poderes e do papel do poder judiciário. Esta instituição, desde que começa a assumir grande relevância na teoria política moderna, aparece atrelada ao ideal da imparcialidade e do julgamento técnico, não político. É por isso que no Federalista nº 78, no calor do debate sobre a ratificação da constituição norte-americana de 1787, Hamilton tenta tranquilizar seus opositores ao afirmar que o judiciário é o mais fraco dos três poderes, uma vez que não ele tem nem *força* (característica do executivo que controla a força militar) e nem *vontade* (característica do legislativo que controla a economia e cria as leis), mas apenas *julgamento*, dependendo do braço executivo até mesmo para tornar seus julgamentos eficazes. O propósito de Hamilton era afirmar para seus interlocutores que o judiciário não autuaria politicamente (cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, p. 437). Assim, já na modernidade o desvio do judiciário de uma atuação técnica chega mesmo a ser considerado uma forma de despotismo.

Feitas essas considerações a partir da obra dos modernos, é possível pensar que as sociedades contemporâneas se encontram diante de uma dupla relação entre o poder judiciário e a política: no *âmbito normativo* (ou seja, no âmbito da teoria, do *dever ser*) a imparcialidade figura como um pressuposto; no *âmbito da prática* (*do ser*), contudo, a imparcialidade não se configura. É necessário analisar e esclarecer essa confusão entre o normativo e o descritivo justamente porque o ideal da imparcialidade muitas vezes serve para conferir legitimidade a decisões que na prática não são imparciais nem técnicas, mas sim políticas.

Tomando essa confusão entre os âmbitos normativos e descritivos da atuação judicial como ponto de partida, este artigo tem três propósitos: *primeiramente*, serão apresentados, a partir da obra recente da teórica da política Nadia Urbinati, argumentos que fazem a distinção entre julgamentos políticos e julgamentos judiciais como um exemplo de abordagem normativa da atuação judicial; em *segundo lugar*, a partir da obra do filósofo do direito Jeremy Waldron, será questionada a tese da imparcialidade dos julgamentos judiciais e apresentar-se-á a proposta do autor a respeito do desenho institucional que melhor se capacitaria para enfrentar problemas afetos a um poder judiciário que decide politicamente; *em terceiro lugar*, e também

a partir das reflexões de Waldron, pretende-se mostrar como o poder judiciário atuando politicamente afeta o ideal de Estado de Direito.

2. Julgamentos políticos e julgamentos judiciais

Ao discorrer sobre os problemas das democracias na contemporaneidade, Nadia Urbinati considera que uma das principais desconfigurações democráticas é tratar a democracia de forma epistêmica ou apolítica. Segundo ela, a democracia epistêmica ou apolítica é definida a partir de propostas teóricas (mas que possuem implicações nas práticas democráticas) apoiadas em duas principais reivindicações, a saber: a extensão do domínio em que as decisões são tomadas de modo não partidário, e a defesa de que a autoridade democrática é legítima em razão da qualidade dos resultados e não meramente dos procedimentos. O caráter apolítico dessas propostas surge justamente da recusa de elementos frequentemente associados à democracia, tais como a disputa, o desacordo, a deliberação e a abertura das decisões majoritárias a modificações (cf. URBINATI, 2014, p. 81). Desse modo, a rejeição ao desacordo, ao dissenso e a ênfase no resultado das decisões políticas afeta a natureza procedimental da democracia representativa.

Segundo Urbinati, o procedimentalismo democrático enfatiza que "o que dá sustentação à legitimidade política é o fato de o processo acontecer do modo previsto para ele acontecer, não o fato dele proporcionar algum resultado desejável" (cf. URBINATI, 2014, p. 81).[1] Nesse sentido, tomando-se como exemplo temas polêmicos como a legalização do aborto ou do casamento gay, na perspectiva procedimental qualquer resultado seria considerado legítimo desde que respeitados os requisitos formais exigidos para a aprovação de determinada norma; já numa perspectiva epistêmica ou apolítica, o próprio resultado, independentemente da adequação procedimental, pode ser questionado. Tal proposta tende a encorajar posicionamentos que deslegitimam e desacreditam eleitores e representantes eleitos para a tomada de decisões relevantes, pois ressalta que seus julgamentos são baseados em razões estratégicas ao invés de em valores e bens superiores *a priori*, tais como a verdade ou a moralidade.

Como consequência, tem-se o descrédito nos atores políticos e o aumento da credibilidade em instituições e órgãos técnicos, como os tecnocratas da economia e das finanças, os juízes e os *experts* nas mais diversas áreas.[2] Segundo Urbinati, "o paradigma epistêmico localiza o critério para o julgamento do que é bom ou correto fora do processo político, o qual desempenha uma função auxiliar, não impositiva" (cf. URBINATI, 2014, p. 86). Assim, embora se reconheça a importância dos procedimentos democráticos de tomada de decisões, ressalta-se que eles serão adequados à medida que consigam produzir o resultado almejado (a verdade ou a moralidade). Desse modo, ao se atribuir à política a necessidade de expressar a verdade ou moralidade, instituições que são consideradas técnicas, como o judiciário, passam a assumir relevância e receber credibilidade no cenário político.

Na definição de Urbinati, no âmbito normativo o julgamento judicial é caracterizado pela *imparcialidade* na avaliação dos fatos e dos dados envolvidos. Os juízes não são partes, são externos ao caso analisado e possuem o dever legal de argumentar e de agir em nome das instituições, devendo deixar de lado seus valores e preferências pessoais. Ademais, os juízes não precisam ser politicamente representativos, ao contrário, eles devem agir apoliticamente justamente porque devem representar apenas a vontade consubstanciada no direito. O poder contido no julgamento judicial é negativo ou de controle e fiscalização, pois depende da vontade do soberano (o direito) e não da opinião do soberano (cf. URBINATI, 2014, p. 123s).

[1]Todas as traduções dos textos em língua estrangeira são de autoria própria.

[2]Problemas semelhantes são apontados por Pinzani ao analisar a produção do discurso tecnocrático e seus efeitos sobre a democracia. Cf. PINZANI, 2013, p. 152ss.

Ainda na definição de Urbinati, por outro lado, o julgamento político se caracteriza pela *generalidade*, não pela imparcialidade, seu critério de definição é o interesse geral da comunidade política. A generalidade é uma presunção a respeito da igual distribuição do poder político na sociedade. Tanto os eleitores quanto os representantes envolvidos no caso sob consideração não são externos como os juízes e, exatamente por esta razão, não há a exigência de imparcialidade. Embora não haja a exigência de imparcialidade, espera-se que os atores políticos ajam com legitimidade e com responsabilidade, levando em consideração o interesse público e não apenas os interesses particulares.

O julgamento político ocorre num contexto de pluralidade de opiniões e, desse modo, produz leis válidas, não leis verdadeiras. A expectativa de atuação responsável por parte dos atores políticos (cidadãos e representantes) repousa sobre elementos como os princípios morais e constitucionais, a argumentação prudente, a ética da participação, a cultura política e o cálculo político (cálculo das consequências da adoção de um determinado posicionamento). Urbinati ressalta que o julgamento político ganha forma dentro de um contexto pragmático, não fora ou contra tal contexto. Em outras palavras, num contexto de desacordo político cada uma das partes dissidentes possuiu razões para defender seu posicionamento, e não se trata de sustentar que um posicionamento é verdadeiro e outro falso no sentido de que o julgamento político somente poderia produzir um único resultado (cf. URBINATI, 2014, p. 123ss).

Essa distinção normativa entre julgamentos judiciais (imparciais) e julgamentos políticos (gerais, mas não imparciais) é questionada por Jeremy Waldron que, em sua obra, sustenta que num contexto de desacordos políticos em que o desenho institucional permita ao judiciário decidir questões controversas como aborto ou casamento gay, entre outras, o julgamento político prevalecerá sobre o judicial.

3. Imparcialidade e Desacordos Políticos[3]

Waldron é um filósofo e jurista que se filia à democracia radical, pois admite que tudo deve estar aberto ao debate político, isto é, ele não se preocupa em retirar do debate um rol de direitos (os direitos fundamentais) que comumente estão submetidos a quóruns qualificados de votação para serem modificados ou são até mesmo considerados cláusulas pétreas. Em sua teoria, todos os direitos devem ser suscetíveis de modificação por maioria simples em votações legislativas. (cf. WALDRON, 1999).

Sua proposta é justamente deslocar o foco da filosofia e da teoria do direito da interpretação judicial para a elaboração de leis dentro do poder legislativo. A legislação ocupa um lugar central em sua teoria. As leis, diz ele, "são *essencialmente*, e não apenas casualmente, o produto de assembleias amplas e polifônicas, e esta característica deveria ser crucial para nossa compreensão de como operar com as leis, isto é, de como interpretá-las e de como integrá-las no esquema mais amplo do direito." (WALDRON, 1999, p. 10)

Um conceito importante trazido por Waldron para a análise da relação entre direito e política é aquele de "circunstâncias da política". Adaptado do conceito de "circunstâncias da justiça"[4] de John Rawls, as circunstâncias da política são constituídas pela existência de desacordos políticos ou morais e pela necessidade de decisões com autoridade política para regular o desacordo.

Os desacordos são inerentes às sociedades contemporâneas, as quais são plurais em relação a concepções de justiça e de vida boa. Contudo, a existência de desacordos não deve, segundo Waldron, ser entendida como um sinal de crise no direito, pois é natural que o direito, diante das circunstâncias da política, "tenha

[3]Alguns aspectos da obra de Waldron já foram por mim analisados em outros trabalhos (cf. CONSANI, 2014; CONSANI, 2015a; CONSANI, 2015b; CONSANI, 2016) e são aqui retomados para analisar os problemas relacionados à (im)parcialidade do poder judiciário.

[4]Para uma análise aprofundada desse conceito, ver RAWLS, 2008, p. 153ss.

pretensões que conflitem com o sentido de justiça de alguns ou de muitos dos que se encontram sob sua autoridade." (WALDRON, 1999, p. 7). Não obstante a naturalidade dos desacordos em sociedades plurais, o autor sustenta ser necessário a uma teoria do direito e, principalmente a uma teoria da autoridade, apontar quais os procedimentos democráticos e constitucionais são adequados em caso de desacordo entre teorias da justiça concorrentes. (cf. WALDRON, 1999, p. 3). Isso porque em seu entendimento a principal característica do direito em sociedades marcadas pelas circunstâncias da política é "permitir-nos agir diante do desacordo" (WALDRON, 1999, p. 7).

O desacordo inevitável e compatível com a política, contudo, parece ter um conteúdo normativo. Neste ponto, Waldron compartilha com os teóricos da democracia deliberativa que o desacordo viável para as práticas democráticas é o denominado *desacordo razoável ou de boa fé*. Argumentar de boa fé, explica ele, "é apresentar razões que (alguém pensa que) o outro deveria aceitar, e que duas ou mais pessoas persistam em seus argumentos lhes faz perceber e buscar a mesma possibilidade de que ao final as mesmas considerações serão capazes de convencer a todos." (WALDRON, 1999, p. 91).

Para Waldron, questões controversas a respeito de direitos em desacordo devem então ser decididas pelo povo, ou por seus representantes. A retirada desses direitos do debate político, com o intuito de protegê-los, fere o ideal democrático e de autogoverno. A democracia tem, assim, que assumir o desacordo. O autor aceita que "tudo está em disputa na democracia, incluindo os direitos associados com a própria democracia. Ou, certamente, tudo o que está submetido ao desacordo de boa-fé está em disputa." (WALDRON, 1999, p. 303). Ele nem sequer admite que esses direitos figurem no debate político protegidos pela exigência de um quórum especial ou decisão por maioria qualificada. Em seu entendimento, a dificuldade de se atingir a maioria requerida em um quórum qualificado apenas reforça o caráter de restrição atribuído aos direitos assim resguardados.

Na esteira dessa concepção, a democracia não pode ser avaliada apenas pelos seus resultados. Para Waldron, é preciso fazer uma distinção entre "decisões sobre a democracia e decisões tomadas por meios democráticos." (WALDRON, 1999, p. 292). Esse é um argumento que leva a discussão para a consideração das responsabilidades dos cidadãos, das legislaturas e das cortes. Se uma decisão é avaliada pelo resultado parte-se do pressuposto que, se uma lei aprovada pelo legislativo fere direitos requeridos para uma democracia, então essa lei deve ser considerada não democrática e, por conseguinte, a democracia tem um ganho quando uma corte constitucional impede que tal legislação seja aplicada. No entendimento de Waldron,

> Se uma questão vem para a decisão política em uma comunidade, um membro da comunidade pode razoavelmente pedir para participar da decisão em termos iguais com seus concidadãos. Nessas circunstâncias pode haver todos os tipos de razões para negar sua solicitação, mas seria absurdo negá-la sob o fundamento de que a questão era sobre democracia. Isso seria absurdo porque falharia em endereçar sua preocupação a uma questão sobre democracia que, tanto quanto qualquer questão política, deveria ser decidida por meios democráticos. (WALDRON, 1999, p. 293)

Portanto, os direitos em desacordo devem ser decididos pelo povo ou por seus representantes. Por essa razão, Waldron entende que há uma perda para a democracia quando a legislatura eleita de uma sociedade é submetida ao poder judicial.

Waldron enfrenta o problema do ativismo judicial em muitos dos seus textos, mas em um ensaio de 2006 denominado *The Core of the Case Against Judicial Review*[5] ele apresenta um desenho institucional

[5]Este artigo foi inserido na obra Political Polical Theory, publicada em 2016.

que busca evitar a atuação política dos tribunais constitucionais. Nesse texto ele faz uma distinção clara entre revisão judicial *em sentido forte* (que ele rejeita) e em *sentido fraco* (que ele aceita).[6]

A revisão judicial em sentido forte é definida a partir dos seguintes elementos: a) as cortes possuem autoridade para não aplicar um estatuto a um caso particular ou para modificá-lo (na sua aplicação) a fim de adequá-lo aos direitos fundamentais; b) as cortes possuem autoridade para deixar de aplicar um estatuto; c) ou ainda, as cortes possuem autoridade para derrubar leis em sua totalidade ou em parte. (WALDRON, 2006, p. 1354)

Waldron considera que a defesa da revisão judicial em sentido forte não pode ser realizada com base nas manifestações históricas e nos efeitos que tais decisões produzem. Contrapondo-se a uma afirmação de Dworkin em O Império do Direito, segundo a qual "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias." (DWORKIN, 2003, p. 426), Waldron considera que não existe uma relação (necessária) entre revisão judicial e justiça.. Segundo ele, essa é uma questão mal colocada. O quanto a revisão judicial é capaz de tornar uma sociedade mais justa é algo de difícil verificação, pois se decisões como a de *Brown vs. Board of Education*[7] foram capazes de promover a igualdade racial e combater a segregação, por outro lado, durante a *Lochner era*[8], cortes americanas estaduais e federais revogaram aproximadamente 150 partes de leis que protegiam as relações e condições de trabalho tais como salário mínimo, proibição de trabalho infantil entre outras. (WALDRON, 1999, 288). Assim, tanto exemplos de justiça quanto de injustiça podem facilmente ser encontrados na jurisprudência de cortes constitucionais. Por essa razão, a defesa da revisão judicial não pode ser feita apenas sob o argumento da justiça. Para Waldron, o que se deve verificar é a relação existente entre revisão judicial e democracia, ou melhor, a compatibilidade entre ambas.

A partir dessa perspectiva, a revisão judicial em sentido forte é considerada vulnerável em dois pontos: em primeiro lugar, não é o meio adequado para uma sociedade avaliar direitos sobre os quais discorda; em segundo lugar, é politicamente ilegítima, pois é uma decisão majoritária de um pequeno número de oficiais não eleitos, logo, fere o princípio da representação e da igualdade política. (cf. WALDRON, 2006, p. 1351) Waldron sustenta que, embora a revisão e interpretação judicial sejam necessárias, não se pode inferir disso que outras instituições não possam também ter o poder de revisar entendimentos oficiais sobre direitos. O autor acredita ser um grande erro considerar que os direitos que os juízes estão interpretando e revisando são colocados além do alcance da reinterpretação e revisão democrática. Em seu entendimento a questão é melhor colocada da seguinte forma: ou uma sociedade assume a necessidade de emendas constitucionais ou não e, uma vez consideradas necessárias, as emendas devem ser feitas por instituições representativas democráticas. (cf. WALDRON, 1993, p. 42).

Por fim, Waldron lança luz sobre a confusão entre os âmbitos normativos e descritivos na análise da relação entre democracia, direitos e poder judiciário ao refutar a defesa do ativismo judicial amparada nas imperfeições da democracia. Segundo ele, ao se atribuir aos tribunais um papel mais proeminente do que aquele dos cidadãos e de seus representantes na interpretação de direitos em desacordo, busca-se tirar

[6]O termo utilizado pelo autor é *judicial review*. Na teoria política e constitucional brasileira o termo utilizado é "controle de constitucionalidade". Optou-se aqui pela manutenção do termo *judicial review* porque o controle de constitucionalidade pode ser realizado também por outras instituições além do poder judiciário como, por exemplo, pelo próprio poder legislativo antes mesmo da promulgação de uma lei ou, dependendo do desenho institucional, o controle de constitucionalidade pode ser realizado por instituições políticas e não judiciais. O argumento de Waldron é dirigido ao poder judiciário.

[7]Decisão da Suprema Corte norte-americana de 1954 que declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam a segregação racial nas escolas públicas.

[8]Este termo é utilizado para nomear um período da história jurídica norte-americana, entre o final do século XIX e o início do século XX, no qual o poder judiciário declarou inconstitucionais várias leis que protegiam direitos sociais.

o poder de cidadãos ordinários sobre questões de mais alta importância política e moral. Desse modo, ao invés de se falar sobre dificuldades contramajoritárias, dever-se-ia distinguir entre cortes decidindo por voto majoritário e cidadãos ordinários decidindo por voto majoritário pois, ao final, é também desse modo que são decididos casos controversos dentro dos tribunais constitucionais. Então, a questão é *quem* consegue participar? E não *como* se decide em caso de desacordo, pois a resposta para como, é sempre, por maioria. (cf. WALDRON, 1993, p. 45).

Waldron considera que seria mais adequado para as democracias constitucionais um desenho institucional no qual a atuação judicial na interpretação de direitos em desacordo se desse a partir da prática do que ele denomina *revisão judicial em sentido fraco*, a qual ocorreria do seguinte modo: as cortes podem inspecionar a legislação a respeito de sua conformidade com os direitos fundamentais, mas os juízes não podem deixar de aplicá-la ou moderar sua aplicação simplesmente porque de outro modo direitos seriam violados; esse modelo confere aos juízes pouca autoridade; um clássico exemplo é o Reino Unido onde as cortes podem revisar a legislação e declarar a incompatibilidade com os direitos fundamentais, mas não podem invalidá-la. (cf. WALDRON, 2006, p. 1355).

A revisão judicial em sentido fraco, no entendimento de Waldron, é o modelo que permite conciliar o ideal de proteção aos direitos fundamentais com o ideal de soberania popular. Esse modelo seria adequado para sociedades nas quais estivessem presentes as seguintes condições: a) instituições democráticas em ordem razoável de bom funcionamento incluindo um legislativo representativo eleito na base do sufrágio universal; b) um conjunto de instituições judiciais em boa ordem de funcionamento escolhidas de forma não representativa para ouvir reivindicações individuais e assegurar o Estado de Direito; c) o comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e de seus oficiais com os direitos individuais e das minorias; d) um desacordo substancial, de boa fé e persistente sobre direitos. (cf. WALDRON, 2006, p. 1355).

Para Waldron, a revisão judicial em sentido forte impede que o desacordo sobre direitos seja confrontado diretamente, pois ele é sempre colocado como uma questão de interpretação do direito e jogado para dentro dos tribunais constitucionais. Além disso, tratar a autoridade judicial como a principal base para o reforço constitucional deixa a constitucionalidade do próprio poder judiciário sem controle externo. Conectado a isso há o perigo de que a revisão judicial possa facilmente tornar-se uma forma de elaboração da lei pelo judiciário. (cf. WALDRON, 2009, p. 278). Analisada desse modo, a revisão judicial em sentido forte é incompatível com a democracia.

Assim, de acordo com os critérios anteriormente colocados para análise da democracia, quais sejam, decisões *sobre a democracia* e decisões *tomadas democraticamente*, Waldron sustenta que ainda que as decisões tomadas por cortes judiciais sejam bem sucedidas em seus resultados (o que ainda assim depende de critérios variáveis), elas comprometem o ideal democrático porque, em seu entendimento, não são *tomadas democraticamente.* Recusar a revisão judicial em sentido forte é, para o autor, um modo de ressaltar "a dignidade da legislação". Nosso respeito pela legislação, diz ele, "é em parte o tributo que deveríamos prestar à realização da ação coletiva combinada, cooperativa e coordenada nas circunstâncias da vida moderna." (WALDRON, 1999, p. 101).

Desse modo, um dos pontos bastante relevantes levantados por Waldron para pensar a relação entre direito e política, poder judiciário e democracia, é justamente o argumento de que no contexto das circunstâncias da política qualquer instituição legitimada a agir politicamente não será técnica ou imparcial, mas sim política. Esse argumento, que é também um importante esclarecimento a respeito do papel do poder judiciário no âmbito normativo, permite às sociedades atuais analisar com menos ingenuidade e talvez

com menos paixões as decisões de seus juízes e tribunais, como aquelas do judiciário brasileiro que têm causado tanto espanto e desconforto aos cidadãos quanto danos aos direitos individuais e à democracia.[9]

Há, ainda, um outro argumento apresentado por Waldron passível de ser explorado a partir dessas reflexões, a saber, que a revisão judicial em sentido forte fere o princípio da separação dos poderes e, consequentemente, viola o ideal do Estado de Direito. Esse argumento será analisado a seguir.

4. Ativismo Judicial, Separação dos poderes e Estado de Direito

Ao debruçar-se sobre a tradição teórica da separação dos poderes, Waldron considera haver uma grande confusão conceitual entre três princípios, a saber: a separação dos poderes, a divisão dos poderes e os freios e contrapesos. Em um artigo intitulado *Separation of Powers in Thought and Practice?* ele se propõe a isolar e a elucidar o conceito de separação dos poderes, defendendo a relevância desse princípio para a teoria e prática política e constitucional hodierna.

Na tarefa de isolar e compreender a importância do princípio da separação dos poderes, Waldron toma como ponto de partida a divisão do governo em suas três principais funções: legislativa, executiva e judiciária. Segundo ele, essa divisão tem dois pontos importantes: *primeiro*, que o exercício do poder político não é algo simples e, *em segundo lugar*, que cada função é importante e levanta questões institucionais distintas. Surge aqui então o argumento da importância da articulação no governo, o qual, por sua vez, implica uma relação entrelaçada entre o princípio da separação dos poderes e o Estado de Direito.

A ideia de governo articulado está relacionada à separação dos poderes, mas não à sua completa independência. Essa ideia implica uma conexão entre as diferentes funções, a qual ocorre por meio de etapas e de competências, isto é, do que compete a cada uma das funções do governo em um determinado momento. O governo articulado requer, por exemplo, que para o poder do Estado incidir sobre o indivíduo deve haver uma série de etapas e procedimentos que devem preceder a sua atuação: a promulgação de uma lei proibindo uma determinada ação deve preceder qualquer acusação, do mesmo modo que qualquer punição deve ser antecedida por uma decisão judicial com a possibilidade de defesa, e assim por diante.

Essa é uma descrição típica do que é abarcado pela ideia de Estado de Direito, ou seja, um Estado no qual todos, inclusive o próprio governo em suas ações, submetem-se às normas anteriormente estabelecidas. Mas Waldron ressalta que a ideia de Estado de Direito implica também a observância de etapas, isto é, "a exigência de que a ação do governo deve, em geral, ser conduzida sob os auspícios da lei, o que significa que, a menos que haja muito boas razões ao contrário, a lei deve ser criada para autorizar as ações que o governo vai ter que realizar"(WALDRON, 2013, p. 457).

Todas as etapas acima mencionadas devem assegurar as exigências do Estado de Direito, tais como os princípios da clareza, promulgação, integridade de expectativas, devido processo legal e assim por diante, além de ter o dever de incorporar elementos como a liberdade, a dignidade, o respeito e a abertura do processo para a participação dos cidadãos. Segundo Waldron, "há uma séria falha do Estado de Direito quando qualquer um desses vários passos é omitido, ou quando dois ou mais deles são obscurecidos e tratados como não separados" (WALDRON, 2013, p. 458).

O governo articulado, entretanto, não é necessariamente uma forma de limitação ou de restrição à ação política. Embora Waldron reconheça que o governo articulado pode tornar mais difícil a própria ação política na medida em que exige a coordenação de ações das várias funções, ele considera que o papel principal desempenhado pelo governo articulado é de canalizar a ação ao invés de restringi-la. Por

[9]As ações e decisões emanadas no âmbito da Operação Lava Jato podem ser tomadas como exemplo dessa consideração.

meio da canalização da ação política abre-se o processo de decisão para o acesso das partes envolvidas, seja no que diz respeito à elaboração das leis, seja no que diz respeito ao exercício do direito de defesa em processos judiciais, por exemplo.

A refutação à noção de restrição ou limitação, que já havia aparecido anteriormente na teoria de Waldron para defender uma forma mais democrática de relacionar o conceito de Constituição com as práticas democráticas[10], agora figura também como um elemento relevante para se compreender o princípio da separação dos poderes. Do mesmo modo, quando se substitui, no princípio da separação dos poderes, a ideia de "restrição" ou "limite" pela de "canalização" da ação política, parece haver um argumento mais favorável à democracia justamente por admitir a abertura das instituições às partes que eventualmente serão atingidas pelas ações (legais) do governo.

Assim, o modo singular proposto por Waldron para a compreensão do princípio da separação dos poderes é relevante para a realização de um governo articulado. Segundo ele,

> A separação dos poderes exige não somente que o legislativo, o judiciário e o executivo concorram no uso do poder contra uma pessoa particular, X. Ao invés disso o legislativo deveria fazer seu trabalho – trabalho *legislativo* – nessa questão, que realmente significa não tratar a situação de X especificamente. O judiciário deveria fazer *seu* trabalho de julgamento em consideração a X e à relação de X com a lei que o legislativo aprovou. E o executivo deveria fazer *seu* trabalho de administração, não somente a acusação de X e a execução de qualquer ordem contra ele, mas também o desenvolvimento de amplas estratégias de implementação da legislação que o legislativo aprovou (WALDRON, 2013, p. 460).[11]

A noção de governo articulado aponta para as conexões entre o ideal de Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes. Ser regulado pelo direito, afirma Waldron, é ser regulado "por um processo que responde à articulação institucional requerida pela Separação dos Poderes – deve haver elaboração da lei antes de haver julgamentos ou administração; deve haver julgamento, e o devido processo que isso implica, antes que haja a execução de qualquer decisão" (WALDRON, 2013, p. 459). O Estado de Direito exige que todas as funções e autoridades do governo sejam exercidas por meio de formas institucionais e de procedimentos regulados pelo direito e, nesse sentido, sejam articuladas. Embora cada um dos poderes – legislativo, executivo e judiciário – tenha algo a dizer antes que o direito exerça um impacto sobre os indivíduos, cada um deve "dizer algo" separadamente. Waldron considera que o princípio da separação dos poderes exige que as funções do governo

> (...) tenham, cada uma delas, uma integridade em si mesma, que é contaminada quando considerações executivas ou judiciais afetam o modo em que a legislação é realizada, que é contaminada quando considerações legislativas e executivas afetam o modo em que a função judicial é cumprida, e que é contaminada quando tarefas específicas do executivo são confundidas com as tarefas de legislar e de julgar (WALDRON, 2013, p. 460).

Ele não está chamando de "contaminação" o sistema de freios e contrapesos que promove o mútuo controle entre as funções de governo. Está, sim, se referindo a um exercício de determinada função que extrapola suas finalidades específicas e trata essas funções de modo a não as distinguir ou a pular etapas.

[10] Em um texto de 2009 denominado *Constitutionalism – A Skeptical View*, Waldron faz uma dura crítica ao constitucionalismo moderno (e ao contemporâneo dele decorrente) por considerar que as teorias constitucionais criam um severo conflito entre os ideais da proteção aos direitos fundamentais e da soberania popular. Neste texto, ele recusa a associação do conceito de Constituição com os termos "restrição" ou "limitação". Em seu entendimento, se o conceito de Constituição é definido a partir da ideia de restrição e de limitação pode haver uma tensão ou contradição entre o ideal de Constituição e aquele de soberania popular, uma vez que a Constituição é representada como algo que limita e restringe a soberania popular no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais. Cf. WALDRON, 2009, p. 267-282.

[11] O itálico consta no original.

Assim, a principal característica da atuação do poder legislativo, por exemplo, é a elaboração de normas *gerais*. A função legislativa estaria contaminada, portanto, se o poder legislativo passasse a aprovar normas específicas destinadas a um indivíduo ou grupo. Isso violaria sua integridade na medida em que não cabe ao poder legislativo aprovar normas particulares, mas sim normas gerais, com generalidade normativa e justificativa geral. Ao criar normas particulares, a contaminação ocorreria seja porque um mesmo ramo do governo estaria concentrando duas funções – a criação de normas gerais e particulares, seja porque a sociedade não teria o benefício do legislativo fazendo seu trabalho distintivo e importante. O papel do princípio da separação dos poderes nesse caso é justamente tornar mais difícil a ação de subverter a criação de normas gerais em nome de interesses específicos. Essa seria uma forma do próprio poder legislativo contaminar sua integridade (cf. WALDRON, 2013, p. 560/561).

No que diz respeito ao poder judiciário, a contaminação de sua integridade parece ser mais delicada e complexa, uma vez que ao fazer uso do poder de interpretação de normas já existentes os juízes acabam por criar novas normas. Waldron ressalta que a familiaridade que se tem atualmente com a atividade legislativa do judiciário "não pode nos cegar com relação às dificuldades que isso coloca do ponto de vista da separação dos poderes" (WALDRON, 2013, p. 462). Entre essas dificuldades, o autor destaca a insegurança jurídica gerada pela situação em que ao aplicar uma norma a um caso concreto o juiz está ao mesmo tempo criando e aplicando retroativamente a lei. Assim, nesse caso não ocorre apenas a indistinção entre as funções de legislar e de julgar, mas também é pulada uma etapa do processo de governo articulado, pois a lei será criada no momento de sua aplicação. Na opinião do autor, tais dificuldades não são "nem evitáveis nem insuperáveis, mas elas são o tipo de dificuldades que surgem quando a lógica de uma espécie de função do governo é contaminada por outra" (WALDRON, 2013, p. 463).

Em outros textos, exatamente no intuito de evitar esse tipo de problemas, Waldron tem sustentado, vinculando-se ao positivismo jurídico, que a atividade interpretativa do judiciário deve ater-se à letra da lei, sem apelo a considerações morais ou políticas e tampouco às intenções do legislador, pois o que possui autoridade é somente o texto aprovado pelo poder legislativo. Isso, em seu entendimento, é um modo de manter a fidelidade à autoridade do legislador democrático e de não promover a indistinção entre as funções do governo (cf. WALDRON, 1999, p. 119-146). As críticas formuladas por Waldron à revisão judicial em sentido forte e sua defesa de um modelo de revisão judicial em sentido fraco, apresentados na seção anterior, também chamam a atenção para a necessidade de se pensar um desenho institucional capaz de ater-se à ideia do governo articulado.

5. Considerações finais

O propósito deste artigo foi retomar, principalmente a partir da obra de Jeremy Waldron, a literatura que tem sido produzida a fim de questionar a tese da superioridade do poder judiciário como fórum para a discussão e deliberação a respeito de princípios e de direitos em desacordo.

Desde o final dos anos de 1990, Waldron é uma das vozes que tem se levantado e questionado a distinção de tratamento atribuída às instituições legislativa e judiciária, que considera o legislativo como local de troca de favores, de realização de negociatas, de corrupção e predomínio do interesse privado sobre o público, ao passo que o judiciário é tomado como um lócus afastado dos interesses e paixões da maioria, assim como um fórum de tomada de decisões técnicas, arrazoadas e que visam o interesse público. Esse tratamento muitas vezes encontra suporte na confusão metodológica mencionada nas primeiras páginas desse artigo, isto é, enquanto o judiciário é avaliado a partir de critérios normativos (como deveria ser), o legislativo é tratado a partir de critérios descritivos (como é).

Como mostra Waldron, as divergências existentes em sociedades plurais, que encontram-se nas *circunstâncias da política*, faz com que disputas a respeito do significado de princípios constitucionais e de direitos em desacordos não possam ser consideradas meramente como divergências técnicas, isto é, divergências sobre qual é a melhor interpretação de direitos assegurados constitucionalmente. Temas como casamento gay, cotas sociais e raciais, aborto, proteção à privacidade, liberdade de expressão e de ir e vir, entre outros, provocam discordâncias profundas entre os cidadãos e, por esta razão, quando essas divergências são interpretadas e decididas, seja dentro do legislativo ou do judiciário, os resultados não serão meramente técnicos, mas sim políticos.

O desvelamento da imparcialidade ou da tecnicidade das decisões judiciais promovido por teorias como a de Waldron é importante para esclarecer o que está em jogo e como o jogo está sendo jogado. No contexto das sociedades democráticas hodiernas, e principalmente no contexto da sociedade brasileira, verifica-se que a defesa do judiciário como melhor fórum de decisão sobre princípios deixou de restringir-se às teses acadêmicas e alcançou o público em geral. Desse modo, o argumento da imparcialidade judicial, isto é, que a decisão tomada por um magistrado é técnica e não política, facilmente transforma-se em um argumento em prol da verdade de uma posição política em detrimento da outra. Como alertou Urbinati ao considerar a democracia epistêmica ou apolítica como uma desfiguração da democracia, a busca da verdade ou da moralidade no âmbito da política tende a reprimir os conflitos e a sufocar os desacordos que são inerentes às sociedades pluralistas.

Ao reconhecer a inevitabilidade do aspecto político em decisões sobre direitos em desacordo, a teoria de Waldron chama a atenção para alguns remédios que podem ser propostos, a saber, a tentativa de evitar interpretações judiciais que se afastem em demasia do texto da lei, um desenho institucional no qual o poder judiciário e, em especial, os tribunais constitucionais não tenham a possibilidade de declarar a nulidade de uma norma aprovada pelo poder legislativo e, por fim, a defesa da tese de que, para que o ideal de Estado de Direito seja levado a sério, é preciso colocar em prática a proposta de um governo articulado, no qual o princípio da separação dos poderes implica que as etapas de produção e aplicação do direito devem ser respeitadas, justamente para assegurar aos cidadãos a previsibilidade inerente à ideia de Estado de Direito. Essa proposta fica comprometida quando um tribunal, sob o argumento de interpretação de normas constitucionais abstratas (como os direitos fundamentais) cria o direito e ao mesmo tempo o aplica. Nesse sentido, seria possível afirmar, com Condorcet, que estaríamos diante de uma espécie de *despotismo indireto*, uma vez que o poder judiciário, com sua participação na função legislativa, faz uso da arma mais respeitável – a lei – de modo a gerar insegurança e abalar a previsibilidade do direito.

As teses de Waldron, contudo, parecem não prescindir de um bom funcionamento dos poderes legislativo e executivo (democraticamente eleitos), pois na ausência da possibilidade de o poder judiciário realizar um "veto" à normas que violam direitos, as demais instituições, e inclusive os cidadãos, devem estar amadurecidos para realizarem, por meio de outros canais, essa espécie de controle (ainda que seja o canal das eleições periódicas, pelo qual é possível evitar a eleição de representantes que ameacem direitos, liberdade e a própria democracia).

Em um livro de 2012 denominado *The harm in the hate speech*, Waldron compara o ambiente democrático ao meio ambiente. Segundo ele, é papel do direito e das instituições impedir que o ambiente democrático seja poluído por uma cultura de intolerância ou de ódio, do mesmo modo que as leis proíbem a poluição ambiental, uma vez que, após a poluição, os danos podem ser irreversíveis. Desse modo, sua teoria parece pensar em modos de se manter um círculo virtuoso em sociedades democráticas. Contudo, a questão que ainda fica aberta, e essa me parece ser a nossa questão neste momento, é como agir quando o ambiente democrático já foi poluído. Em outras palavras, se trata de pensar nos modos de romper com o círculo vicioso.

Referências Bibliográficas

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolasde Caritat, marquis. *Escritos político-constitucionais*. Tradução e apresentação de Amaro de Oliveira Fleck e Cristina Foroni Consani. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 59, p. 143-173, 2014.

_____. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. *Ethic@* (UFSC), v. 14, p. 174-197, 2015a.

_____. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. *Quaestio Iuris* (Impresso), v. 8, p. 2424-2448, 2015b.

_____. Separação dos poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron. *Pensar* (UNIFOR), v. 21, p. 123-149, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

PINZANI, Alessandro. Democracia versus Tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. In: *Lua Nova*, n. 89, 2013, p. 135-168.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

URBINATI, Nadia. *Democracy disfigured*: opinion, truth and the people. Cambridge/London: Harvard University Press, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Liberal rights: collected papers*, 1981-1991. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1346-1406.

_____. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano/ J. Christman (orgs.). *Contemporary Debates on Political Philosophy*. Malden, Massachussetts: Blackwell Publishing, 2009, pp. 267-282.

_____. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2012.

_____. *Political Political Theory*: *essays on institutions.* Cambridge/London: Harvard University Press, 2016.