

MARIA LUIZA SCHERER LUTZ

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AUTOCONTENÇÃO: UMA LEITURA
DOUTRINÁRIA SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil UniBrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Lucia Pretto Pereira

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AUTOCONTENÇÃO: UMA LEITURA DOCTRINÁRIA SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Lucia Pretto Pereira

Componentes:

Prof. Dr. Miguel Kfourri Neto

Prof. Dr. Octavio Campos Fischer

CURITIBA

2018

*Ninguém tem a última palavra porque não há última
palavra.
Hanna Pitkin*

A Deus

Aos meus amados pais, Lucia e João

Ao meu estimado irmão Victor Luiz

AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a Deus, e também meus pais, Lucia e João, que sempre investiram na minha educação e me incentivaram ao estudo.

Agradeço a minha estimada orientadora, que se tornou uma amiga, Professora Ana Lucia Pretto Pereira, pela generosidade, pelo estímulo e pelas horas que dedicou à minha pesquisa.

Aos professores examinadores das Bancas de qualificação e de defesa final e seus valiosos conselhos e sugestões acadêmicas que se incorporaram ao texto e agregaram cientificidade e maior rigor a presente dissertação de mestrado.

Neste particular, enalteço as salutares contribuições dos Professores Dr. Miguel Kfoury Neto e Dr. Octavio Campos Fischer.

LUTZ, Maria Luiza Scherer. **Judicialização da política e autocontenção: uma leitura doutrinária sobre a atividade judicial de interpretação do Direito.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário, UNIBRASIL, Curitiba, 2018.

RESUMO

Analisar a atividade jurisdicional política do Supremo Tribunal Federal; e de outro lado, arguir quais são os limites e fundamentos teóricos para que o exercício da jurisdição constitucional represente uma ameaça à democracia e aos direitos fundamentais. Na busca desse objetivo, percorre-se categorias conceituais que concernem à judicialização da política e a autocontenção, a partir de uma revisão bibliográfica e análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (estudo empírico). Neste desiderato, a principal diferença metodológica encontrada entre as duas posições doutrinárias reside na responsividade inerente à judicialização da política, que uma vez exercida legitimamente procura extrair o máximo das possibilidades e potencialidades do texto constitucional (hermenêutica), inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos, tais como os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados. Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço e deferência a atuação dos poderes estribados na maioria política e na soberania popular.

Palavras-chave: Judicialização; Autocontenção; Ativismo; Direitos Fundamentais, Democracia; Controle; constitucionalidade; Interpretação.

ABSTRACT

To analyze the judicial jurisdictional activity of the Federal Supreme Court; and on the other hand to argue, what are the limits and theoretical grounds for the exercise of constitutional jurisdiction to represent a threat to democracy and fundamental rights. In pursuit of this objective, conceptual categories concerning the judicialization of politics and self-restraint are examined, based on a bibliographical review and analysis of the Federal Supreme Court's judgments (empirical study). In this respect, the main methodological difference found between the two doctrinal positions lies in the responsiveness inherent in the judicialization of politics, which, once legitimately exercised, seeks to extract the maximum of the possibilities and potentialities of the constitutional text (hermeneutics), including and especially by constructing specific rules of conduct from vague statements such as indeterminate legal principles and concepts. In turn, self-restraint is characterized precisely by opening up more space and deference to the performance of powers based on the political majority and popular sovereignty.

Keywords: Judiciary; Self-Containment; Activism; Fundamental Rights, Democracy; Control; Constitutionality; Interpretation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1-3
2. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA	2-11
2.1 O tênue limite de separação entre direito e política e a dificuldade contramajoritária.....	2-25
2.2. Causas e efeitos da judicialização da política no Brasil.....	2-32
3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	3-42
3.1 Oscar Vilhena Vieira	3-42
3.2 Conrado Hübner Mendes	3-49
3.3. Vantagens e limitações do Poder Judiciário como arena política	3-55
3.4. Críticas à atuação do Poder Judiciário em questões políticas	3-58
3.5. Capacidade institucional e efeitos sistêmicos.....	3-60
4. A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	4-65
4.1. A posição de Jeremy Waldron.....	4-65
4.2. Tese dos diálogos institucionais.....	4-71
4.3. Judiciário entre intervenção, deferência e responsividade.....	4-77
4.4. O procedimentalismo e o reforço da representação.....	4-82
5. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AUTOCONTENÇÃO: DOIS JULGADOS PARADIGMÁTICOS E SUA ANÁLISE.....	5-87
5.1. O impeachment de Dilma: Estudo de caso	5-87
5.2. Ficha Limpa (ADC 29, ADC 30 e ADI 4578).....	5-98
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	6-110
7. REFERÊNCIAS	7-113
8. ANEXO A – TERMO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA.....	8-126

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de Dissertação de Mestrado, inserido na Linha de Pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, tem por intuito, averiguar o controle judicial como um atributo do Estado Democrático de Direito; e de outro lado arguir quais são os limites para impedir que o exercício da jurisdição constitucional represente uma ameaça a democracia e aos direitos fundamentais.

Na busca desse objetivo, percorrem-se teorias que concernem à judicialização e a autocontenção do Poder Judiciário, a partir de uma ampla revisão bibliográfica, assim como analisando um conjunto específico de julgados do Supremo Tribunal Federal (estudo empírico) afetos às questões relacionadas a concretização de direitos fundamentais e a democracia a luz dos referenciais teóricos de Oscar Vilhena Vieira e Conrado Hübner Mendes.

O que se almeja estudar é em que medida e por que meios é possível equilibrar o exercício do controle de constitucionalidade e da interpretação constitucional, imprescindível ao bom funcionamento das democracias modernas, com a deferência às deliberações do Poder Legislativo, que ainda consegue de certa forma, entre os poderes do Estado representar os diversos interesses plurais em uma sociedade cada vez mais complexa e heterogênea.

Residindo, portanto, a hipótese-problema a ser averiguada nessa pesquisa bibliográfica, quais são os limites, fundamentos teóricos e/ou pragmáticos, e o que justifica a atuação pró-ativa (ativismo) ou mais tênue (autocontenção) do Poder Judiciário no que pertine à concretização de direitos fundamentais e ao enaltecimento da democracia.

Com efeito, a jurisdição constitucional é acometida de um vício, pois se, de um lado, usufrui de ampla aceitação quanto aos seus fundamentos, de outro, sofre questionamentos acerca da usurpação das funções legiferantes. Se se assume, por um lado, que a jurisdição constitucional representa uma proteção contra atos legislativos arbitrários ou em desacordo com a Constituição, por outro, a depender do seu manejo e dos limites que podem ou não ser conferidos ao Poder Judiciário no exercício desse mister, pode-se deflagrar um atentado ao Estado Democrático de Direito.

Como nortes da dissertação de mestrado, foram tecidas considerações a respeito do fenômeno da judicialização da política no que pertine a concretização de direitos fundamentais e a postura jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o recorte metodológico deste trabalho se propõe a identificar o tratamento conferido na doutrina brasileira e estrangeira aos conceitos de judicialização da política e autocontenção.

Para uma melhor compreensão da temática foi feita uma leitura integral dos seguintes livros que constituem os referenciais teóricos da presente dissertação de mestrado: 1) Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação – Conrado Hübner Mendes; 2) Direitos fundamentais Uma leitura da Jurisprudência do STF - Oscar Vilhena Vieira; 3) Supremo Tribunal Federal Jurisprudência Política – Oscar Vilhena Vieira.

Neste desiderato, o objetivo central do presente estudo, fulcra-se no minucioso estudo doutrinário concedido aos conceitos de judicialização da política e autocontenção.

Neste ângulo, abordar-se-á o debate doutrinário e jurisprudencial através de uma pesquisa sobre o tratamento e o fundamento dos conceitos de judicialização da política e autocontenção, partindo-se de fontes primárias como a consulta livre nos seguintes portais: sítios de bibliotecas de universidades, livrarias, periódicos científicos, biblioteca de teses e dissertações, assim como a utilização da ferramenta de busca de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resultante dos indexadores: ativismo, autocontenção; judicialização da política; politização da justiça, direitos fundamentais, democracia, controle de constitucionalidade e interpretação constitucional.

Para este mister, propõe-se analisar no primeiro, segundo e terceiro capítulos o fenômeno da judicialização da política, apresentando as críticas e vantagens institucionais de se resolver tais temáticas na arena judiciária, o tênue limite entre direito e política, e a delimitação conceitual de judicialização da política proposta por dois grandes referenciais teóricos, Oscar Vilhena Vieira e Conrado Hübner Mendes.

O quarto capítulo traz um estudo sobre a autocontenção judicial e as posturas institucionais de deferência e responsividade, retratando ainda, a tese dos diálogos institucionais e a posição doutrinária de Jeremy Waldron.

No quinto capítulo são abordados julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal relativos à judicialização, autocontenção e a concretização dos direitos fundamentais, que tratam de questões eminentemente políticas: o impeachment e a lei da ficha limpa.

Neste particular, serão analisados a título ilustrativo dois casos decididos pelo STF à luz dos argumentos trazidos no trabalho.

A crescente importância do Poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas para a garantia de direitos fundamentais abriu espaço à judicialização da política, que pode ser delineado como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais.¹

Cappelletti² defende a expansão do Poder Judiciário nas sociedades modernas e entende que esta amplificação representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*. O princípio da separação dos poderes se encontra previsto no artigo segundo da Carta Magna, que tem como cerne confiar cada uma das funções de Estado a órgãos diferentes: Legislativo, Executivo e Judiciário, sistematizado por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis* (1748)³.

Para Montesquieu, o juiz deveria assumir apenas o papel de espectador, não podendo intervir nos rumos do processo, para não se imiscuir indevidamente em determinados assuntos⁴. Hodiernamente uma interpretação do princípio da separação dos poderes, compreende dois elementos: especialização funcional (cada órgão é especializado no exercício de uma função estatal) e independência orgânica (não pode haver meios de subordinação de um poder por outro)⁵.

Da separação dos poderes também nasce o princípio da legalidade, o qual determina que todos os atos se limitem à aplicação da lei. Ainda, a lei deve ser aplicada de maneira indistinta, não podendo beneficiar ou prejudicar determinados

¹ Trata-se de tema já abordado por nós em: Cf. LUTZ, Maria Luiza Scherer; ULIANA JUNIOR, L. C. **A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil** In: Direitos Fundamentais & Democracia - Estudos em homenagem aos 10 anos do Mestrado em Direito do Unibrasil. 1 ed. Curitiba/PR: Instituto Memória Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, v.1, p. 11-31.

² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Editora S.A Fabris, Porto Alegre, 1999. p. 19.

³ Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes: 1996.

⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 53.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44.

grupos. O conteúdo material do princípio da legalidade se baseia na ideia de abstratividade, generalidade e irretroatividade.

Assim, Canotilho⁶ compreende o princípio da divisão de poderes em duas dimensões, quais sejam: a separação como divisão, controle e limite do poder, ou como constitucionalização e organização do poder do Estado, assegurando tanto uma medida a este poder e, conseqüentemente, garantindo e protegendo a esfera jurídica subjetiva dos indivíduos.

Neste diapasão, o artigo segundo da CF/88 preceitua que os poderes também são harmônicos entre si. Sendo que interferências mútuas estabelecem um sistema de freios e contrapesos, buscando um equilíbrio para evitar o arbítrio e o desmando. Impende destacar que, a CF/88 constituiu um marco histórico prevendo diversos mecanismos de proteção judicial como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Mandado de segurança coletivo, Ação civil pública, Mandado de Injunção, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação de Impugnação de Mandato, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que vêm sendo amplamente utilizadas por minorias parlamentares.

Registre-se que, a Carta Cidadã provocou uma profunda mudança no sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil, já que a iniciativa nesse sistema, até então coubera exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Podem-se indicar vários fatores que acarretam e sedimentam a judicialização da política: a separação dos poderes (funções); a ineficácia das instituições que detêm o poder; o sistema democrático; a utilização dos Tribunais pela oposição⁷. Destacam-se ainda como elementos motivadores da expansão das competências jurisdicionais a positivação constitucional das garantias e dos direitos individuais⁸.

Segundo Valle⁹, a judicialização da política consiste na revisão judicial das decisões do Legislativo e do Executivo, enquanto a das relações sociais é analisada no âmbito do acesso à justiça. Consigne-se que, esse processo no Brasil decorreu

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 369.

⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá. 2009. p. 25.

⁸ Ibid., p. 27.

⁹ Cf. Idem.

inicialmente das consequências dos movimentos operários, que acarretaram a criação do direito do trabalho, como também o surgimento do Estado de bem-estar social; dos conflitos coletivos relacionados ao consumo, propriedade, produção, e distribuição de bens e da positivação dos direitos fundamentais¹⁰.

Nesse contexto¹¹, o Judiciário passou a se imiscuir na vida social, com decisões que interferem em políticas públicas afetas à família ou a grupos sociais, como a educação dos filhos, a institucionalização do casamento entre homossexuais, a proibição de comportamentos preconceituosos como o racismo. Além de atuar nessa seara social, o Judiciário tem influído nas atividades dos órgãos Legislativos, regulando-os por meio do controle de constitucionalidade.

A judicialização da política pode significar normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada¹².

Neste sentido, o movimento será mensurado pela frequência em que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo¹³. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

Para a exata compreensão do fenômeno da judicialização da política, deve ser considerado o interesse dos Ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução ativista e criativa de problemas. Soergue-se neste aspecto o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351-DF¹⁴:

¹⁰ Cf. CASTRO, Marcus Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.12, n. 34, São Paulo, Jul. 1997.

¹¹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1999. p. 48.

¹² TATE, Neal; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 13.

¹³ SUSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005. p. 43.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351**, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília. 2007. p 53.

(...) É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alia à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais cortes constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados a inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Neste desiderato, pode-se pensar que o ativismo judicial e a judicialização da política são expressões sinônimas, uma vez que ambas versam sobre a atuação do Poder Judiciário que extrapola, de algum modo sua competência.

Registre-se que, para Barroso a judicialização da política e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização no contexto brasileiro é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situação de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais¹⁵.

Sweet¹⁶ aborda que em maior ou menor grau, esse fenômeno faz parte da paisagem dos Estados Constitucionais contemporâneos, a ponto de ser considerado uma consequência da adoção de formas de controle judicial de constitucionalidade.

Ainda, é crescente a sua justificativa baseada na proteção dos direitos fundamentais, aqui denominados como aqueles destinados a “criar e manter os

¹⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶ SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 118.

pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”¹⁷, em virtude do valor desse princípio, de modo que “devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua fundamentalidade material”¹⁸.

Para tanto, a Constituição Federal é clara na sua positivação, de modo que buscam “resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)”¹⁹.

Integram, com os princípios estruturais, “o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material”²⁰, representando grande conquista do Estado Democrático de Direito, especialmente com relação à “fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo”²¹.

Sob essa perspectiva, os adeptos da judicialização da política defendem que essa intervenção judicial é necessária todas as vezes que o Estado se omitir perante as suas tarefas estabelecidas pelo constituinte originário²², de modo que não se pretende analisar a inércia legislativa, e se esta ocorre em virtude do abarrotamento de demandas ou de maneira proposital - especialmente com as questões polêmicas, mas sim encontrar uma via para que se obtenha a solução mais rápida diante do cenário concreto. Claro que o Judiciário “só age se houver litígio, só se pronuncia sobre casos individualizados (nunca sobre hipóteses ou leis em tese) e, para atuar, tem de ser provocado”²³.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 514.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direitos Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 539.

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

²¹ VILANOVA, Lourival. **Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento**. Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, 1970, p. 43.

²² Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 253.

²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, São Paulo, n. 21. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/numero21.html>> Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

Sabe-se que a incumbência de dizer o que era direito ou não já foi até mesmo atribuída aos deuses²⁴, de modo que foi apenas com a modernidade que os homens tomaram as rédeas dessa função e instituíram o sistema no qual um indivíduo possui autoridade para interpretar as leis e fazer os julgamentos concretos, da forma mais imparcial possível. Entretanto, é claro que se atribui sentido às normas, para que se decida da forma mais justa possível, o que torna ainda mais complexa essa atividade, atrelado às reflexões advindas dos diversos paradigmas jurídicos que promovem mudanças em seu íntimo.

Nesse sentido, cabe ressaltar brevemente, interessante abordagem feita por François Ost²⁵, que aborda sobre três tipos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes, e o desempenho da função jurisdicional que cada um executa.

O juiz Júpiter, que na mitologia grega significa o deus romano Zeus, possui a função de regular a sociedade, por meio estritamente²⁶ das normas. Assim, o juiz apenas julgaria conforme o disposto em legislação, não podendo ultrapassar os limites do que fora imposto por vontade do legislador. O juiz Hércules atua de maneira diversa, visto que considera mais a situação fática do que a legislação seca, na busca da resolução das situações concretas, ainda que ocasionem alteração da realidade social, considerando a pirâmide invertida - o funil.

O juiz Hermes considera o âmbito jurídico como uma rede, na qual estão interligados todos os seus atores, de modo a intermediar as relações e construir a solução do caso concreto de maneira a conectar os agentes, pois entende que o Direito não é absoluto e imutável.

Essa teoria é trazida ao presente debate para analisar com mais afinco a realidade da atividade jurisdicional brasileira atual e a legitimidade das decisões judiciais, especialmente no contexto do ativismo judicial, quando a criatividade dos juízes por vezes os levam a caminhos que se afastam dos modelos clássicos de subsunção do fato à norma e inserem, no seu bojo, a interpretação de institutos flexíveis como os princípios.

²⁴ Cf. PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵ Cf. OST, François. **Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez**. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>> Acesso em 21 de fevereiro de 2018.

²⁶ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (trad. João Baptista Machado). 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA

Robert Alexy e Ronald Dworkin são expoentes teóricos que embasam sua teoria na importância dos princípios, e defendem a prática da judicialização na tutela dos direitos fundamentais. Assim, considerando a interpretação principiológica, defendida pelos autores, na qual deve se embasar o exegeta, consideram que a própria Carta Magna legitima a judicialização da política, especialmente por considerar a flexibilidade de interpretação de princípios e valores, que não se podem confundir, visto que:

Os princípios se relacionam a valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um Estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento²⁷.

Nesse sentido, como intérprete dos preceitos constitucionais, o juiz possui margem para utilizar sua criatividade na tomada de decisões, visto que o próprio Direito não é estático a ponto de engessar o julgador, pois está em constante transformação:

Não está na natureza do direito ser absoluto e imutável. O direito se modifica e evolui como qualquer obra humana. Cada sociedade tem seu direito, com ela se formando e se desenvolvendo, como ela se transformando e, enfim, com ela seguindo sempre a evolução de suas instituições, de seus costumes e de suas crenças²⁸.

Ronald Dworkin²⁹ considerou o Direito como integridade, teoria que trabalha com a estrutura argumentativa que desenvolve a coerência narrativa e define a interpretação como ponto crucial, confirmando a legitimidade da decisão judicial, por meio da figura do juiz Hércules – um pouco diversa daquela anteriormente exposta

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

²⁸ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga** (Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca). Ediouro, 1989, p. 211.

²⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

por Ost, defendendo que o Direito não pode se restringir à mera descrição normativa, mas sim deve focar na construção jurídica da solução dos problemas com embasamento principiológico.

Para Dworkin, o Direito como integridade constitui “uma interpretação da sua própria cultura política, não uma moral política abstrata e intemporal”³⁰, reiterando que não busca a forma universal do direito, mas sim analisa a tradição e seu sentido, especialmente no aspecto jurisprudencial, na construção do discurso jurídico. Analisa os critérios de legitimidade da prática jurídica e desenvolve o conceito de integridade, valor que permite uma “história narrativa que faz dessas práticas o melhor que podem ser”³¹.

O autor, busca a redefinição do objetivo da própria interpretação jurídica por meio de modelo de quantificação da legitimidade dos discursos judiciais, conforme o valor de integridade e a interpretação retrospectiva e circular – que almeja a narrativa comum das decisões desapegadas da tradição. A quantificação entre a prática interpretativa e os valores sociais proporciona o desapego dos discursos externos que limitam as teorias hermenêuticas jurídicas e, conseqüentemente, a construção social.

Assim, na busca pela solução mais adequada para cada caso, de maneira que, a partir da neutralidade do juiz, podem ser analisadas decisões parecidas até que se conclua em uma resposta única, promovendo a segurança jurídica, o Direito como integridade pleiteia aos julgadores “que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso”³², cuja construção contínua advém da interpretação.

Robert Alexy, em seu turno, desenvolveu a Teoria da Argumentação Jurídica, embasado em critérios de avaliação dos juízos de valor e justificação racional de aplicação nos discursos jurídicos e práticos. Considerou a racionalidade uma faculdade universal, que pode fornecer regras objetivas e universais, o que ensejou sua criação de modelo da ponderação para resolver o problema da legitimidade da decisão considerada ativista e/ou criativa. Supera o modelo ideal e apresenta “uma sinopse e uma formulação explícita de todas as regras e formas de argumentação

³⁰ DWORKIN, 2007, p. 216.

³¹ Ibid., p. VII.

³² Ibid., p. 273.

prática racional”³³, no qual a justificação garante a racionalidade do discurso por meio da pressuposição de igualdade de participação.

Desta forma, o autor introduz regras para a efetividade e ainda aduz que a racionalidade do discurso advém do cumprimento dessas regras, já que garantem “a probabilidade de alcançar acordo em assuntos práticos”³⁴. Nesse sentido, propõe a teoria que oferece distinção entre regras e princípios, considerando que ambos “são normas, porque dizem o que deve ser”³⁵, de modo a analisar a distinção entre ambos, constatando que “uma alternativa (...) é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil”³⁶.

Robert Alexy³⁷, portanto, defende os princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e regras como “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, de modo que, caso colidam, a solução advém dessa distinção³⁸. Se duas regras conflitam, deve-se estabelecer cláusula de exceção que valide ambas ou uma delas deve ser declarada inválida. Se há colisão entre princípios, segundo sua teoria que defende a técnica da ponderação - método hermenêutico criado por Alexy quando houver conflito no caso concreto; um princípio precederá sobre o outro, o que não significa que o precedido será inválido, mas sim que resta distinta sua dimensão de peso³⁹ - consolidando assim, o sopesamento.

Sendo assim, justifica as decisões valorativas devido à discussão jurídica composta de regras racionais, que partem da igualdade.

Ambas as estruturas de Dworkin e Alexy se mostram importantes no contexto atual, no qual o Judiciário possui uma demanda cada vez maior de provocações para determinar a realização de tutelas protegidas por direitos fundamentais que, em tese, estão sendo descumpridas pelo Estado.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001. P. 186.

³⁴ *Ibid.*, p. 200.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2015. p. 87.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 607-630, 2003, p. 609.

³⁷ ALEXY, 2015, p. 90.

³⁸ *Ibid.*, p. 91.

³⁹ *Ibid.*, p. 92.

Entre a visão do Direito como integridade e a ponderação principiológica, não se pode recair no diálogo solitário do juiz Hércules promovido por Dworkin e, tampouco no decisionismo da ponderação promovida por Alexy - pois pode cercear a vontade do legislador⁴⁰. A busca pela legitimação da judicialização da política não pode transcender a segurança jurídica, que:

No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. [...] O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica, sejam efetivos⁴¹.

Atualmente, é um valor irrenunciável dos ordenamentos jurídicos democráticos, cujos sistemas jurídicos estão baseados nas regras e princípios, onde “as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto”⁴².

Cabe ressaltar, ainda, que a influência de concepções que, ainda que não propositalmente, condicionam o entendimento do Direito e da jurisdição, bem como o processo de aceitação dos agentes perante os pressupostos extraídos das decisões judiciais são frutos de paradigmas estabelecidos. Nesse sentido, Peter Häberle⁴³ afirma a inexistência da norma jurídica em si, de modo que o que existe é apenas a norma jurídica interpretada.

Lênio Streck, expoente do estudo da hermenêutica jurídica brasileira já afirma que o Direito possui como desafio a superação dessa “tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta”⁴⁴, o que

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 333.

⁴¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998. p. 38.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 352.

⁴³ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 126.

adveio, historicamente, da filosofia da linguagem e a compreensão dos intérpretes⁴⁵ na produção do conhecimento científico. Assim, “a comunicação só ocorre graças à existência de esferas gerais de pré-compreensão, que compõem um pano de fundo compartilhado de silêncio, sob o qual se assentam as palavras consideradas de sentido óbvio”⁴⁶.

O paradigma como um conjunto de pré-compreensões compartilhadas por determinado grupo em determinado contexto social, possui dois sentidos distintos:

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelo ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal⁴⁷.

Por conseguinte, o paradigma perante a interpretação jurídica considera que não necessariamente a norma jurídica possua um sentido intrínseco advindo da vontade do legislador, que deve ser descoberto pelo intérprete, mas sim que essa figura promove a construção do sentido e se fundamenta na legitimidade auferida pela Constituição Federal. “Toda interpretação se vincula, inevitavelmente, a um determinado contexto histórico, pressupondo, por consequência, um pano de fundo compartilhado, que não pode, simplesmente, ser descartado”⁴⁸.

Dessa forma, pode-se identificar determinados paradigmas jurídicos no decorrer da história, de modo que se dará ênfase ao que ocasionou o contexto atual: o paradigma da modernidade do Estado Democrático de Direito e sua respectiva compreensão do conceito e papel do Direito, de modo que “acompanham, necessariamente, paradigmas de constitucionalismo, cujos principais são: liberal,

⁴⁵ COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 43.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁷ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas** (Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 220.

⁴⁸ COURA, op. cit., p. 42.

social e democrático”⁴⁹, isto pois “não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos”⁵⁰. Assim, importante consideração feita por Habermas de que:

Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração⁵¹.

Seguindo essa linha de raciocínio, os direitos fundamentais sofreram uma releitura e passaram a considerar os aspectos fáticos da sociedade, que adquiriu complexidade e pluralidade cada vez mais acentuada, de modo a influenciar na formação do paradigma moderno.

Os direitos fundamentais, portanto significam o “reconhecimento igual, fomento e estima iguais das diversidades, das diferenças”⁵², de modo que sua base constitucional consiste em um processo constituinte permanente de aprendizado social “que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais”⁵³.

Neste diapasão, resta saber compreender a interpretação constitucional na sociedade complexa, considerando a incidência das regras e princípios, sem que isso recaia no ativismo judicial desequilibrado, mas sim que fomente a “racionalidade necessária para justificar o controle do mero subjetivismo e, portanto, o respeito ao padrão de segurança jurídica e adequabilidade ínsitos ao Estado Democrático de Direito”⁵⁴.

A complexidade é tanta, que há doutrinadores, como Sérgio Fernando Moro⁵⁵, que aprofundam a discussão quando especificam que a judicialização da política traz à tona demandas sociais referentes à proteção dos indivíduos com

⁴⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 86.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 47.

⁵¹ HABERMAS, 2003, p. 131.

⁵² DENNINGER, Erhard. **Tarefas do Estado e direitos humanos**. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1996. p. 860.

⁵³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Minorias e democracia no Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, 2006. p. 321.

⁵⁴ PEREIRA, 2006, p. 06.

⁵⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 63.

menos condições financeiras, que, muitas vezes recorrem ao Judiciário em virtude de sua pobreza, para poderem ter acesso à serviços básicos – principalmente saúde ou educação.

Diante dessa complexidade e pluralidade, no cenário da judicialização da política é muito fácil o cometimento de arbitrariedades pelo Estado e é por esse motivo que a democracia se fundamenta nos direitos fundamentais e na separação de poderes. Neste aspecto, o Judiciário e em especial o STF, como guardião constitucional deve fiscalizar a participação popular e reprimir qualquer tipo de discriminação, proteger direitos políticos, além de observar o funcionamento e manutenção do processo decisório.

Esta função do Poder Judiciário tem por finalidade garantir a liberdade de expressão, o direito de reunião, de associação partidária e até mesmo o direito ao voto⁵⁶. A democracia protege a minoria impondo limites à maioria, principalmente quando considerado que a parcela mais carente da sociedade não influencia na formação da vontade política⁵⁷, e restam submetidos ao processo político democrático sem o exercício de sua cidadania.

Esse fato consolida um problema, pois a democracia tem como principal fundamento a preocupação com a participação do indivíduo no processo decisório sobre a política. Uma norma só é legítima quando os seus destinatários participam do processo de elaboração, ou seja, deve haver uma harmonia, um equilíbrio, entre governantes e governados. E, por conseguinte, uma isonomia entre os governados. É imprescindível que a democracia seja uma forma de governo para que a soberania popular seja efetiva, além disso, é necessário que ela seja aplicada também fora do âmbito eleitoral.

A vontade popular não está no consenso sobre as decisões a serem tomadas. Dentro do processo democrático há uma discrepância de opiniões, de forma que a vontade popular seja entendida como vontade comunitária qualificada pelo interesse público.⁵⁸

⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 05 de março de 2018. p. 66.

⁵⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 70.

⁵⁸ Trata-se de tema já abordado por nós em: Cf. LUTZ, Maria Luiza Scherer; FISCHER, O. C. **A**

Esse processo democrático, nas duas últimas décadas do século XX, obteve predominância das Teorias da Democracia que se restringiam ao processo de agregação de interesses particulares, modelos agregativo e elitista, cujo intuito era a escolha de elites governantes. Neste período, nasce a democracia deliberativa: “o processo democrático não pode ser reduzido ao momento decisório; inclui também a possibilidade de se debater acerca dos assuntos a serem decididos; envolve um momento tipicamente deliberativo”⁵⁹.

A democracia deliberativa é um sistema que deve ser influenciada por argumentos, temas e discussões de justificação com base na comunicação dos indivíduos envolvidos no processo decisório⁶⁰ e sua principal característica é a busca pela conciliação da matriz político-liberal com a matriz democrática.

O constitucionalismo neste desiderato é visto como limitação do poder, enquanto que a democracia é o governo do povo. Em que pese seus objetivos serem evidentemente distintos, o constitucionalismo e a democracia integram o Estado Moderno⁶¹. Nesse contexto, surgem três modelos de democracia deliberativa, os quais são modelo substantivo de democracia deliberativa de Rawls, modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas e o modelo cooperativo de Carlos Santiago Nino.

Na década de 70, John Rawls elabora este modelo de democracia deliberativa a partir da análise do termo “razão pública”. Para ele, razão pública abrange princípios substantivos de justiça, além de regras de argumentação. Rawls busca justificar de forma mais esclarecedora a aplicação dos princípios, ou ainda, solucionar eventual colisão entre eles. Os princípios de justiça devem ser submetidos a dois procedimentos: posição original e equilíbrio reflexivo.⁶²

democracia deliberativa: o modelo mais adequado para o processo decisório. RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira, v.3, p.835 - 857, 2017.

⁵⁹ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia Deliberativa.** Editora Renovar: Rio de Janeiro: 2006. p. 71.

⁶⁰ MACHADO, Francisco Mata. **O Estado na democracia deliberativa: as raízes de uma antinomia.** Lua Nova: São Paulo, 95: 225-257, 2015. p. 236. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452015000200225&script=sci_abstract&tlng=PT. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

⁶¹ GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa.** Editora Juruá. Curitiba: 2012. p. 29.

⁶² Trata-se de tema já abordado por nós em: Cf. LUTZ, Maria Luiza Scherer; DENYS, D. V. S. B. **Teorias da Democracia: Rawls, Habermas e Nino e o Novo Papel do STF.** 1 ed. Florianópolis In: CONPEDI, 2017, v.1, p. 164-179.

A partir deles, surgem dois princípios. O primeiro princípio se baseia na igualdade de direitos entre os indivíduos, para que, ao final, o sistema de liberdade se equipare a todos. O segundo princípio reside na ideia de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo que sejam benéficas aos menos favorecidos, respeitando as restrições principiológicas e, além disso, sejam dadas oportunidades de modo igual a todos⁶³.

Do modelo substantivo de democracia deliberativa, também decorrem regras, as quais têm como função orientar a aplicação dos princípios. A primeira regra da prioridade, na qual as liberdades básicas só podem ser restringidas em favor da liberdade. E a segunda regra, funda-se na ideia de que uma liberdade desigual pode ser aceita por aqueles que têm menos liberdades⁶⁴.

Na segunda metade da década de 80, Habermas cria o modelo de democracia deliberativa constituído pela conciliação da soberania popular e do Estado Democrático de Direito. A opinião e a vontade dependem da existência dos direitos fundamentais. A liberdade e a igualdade são os pilares da democracia e do Estado Democrático de Direito. Isso garante a participação das minorias nos debates sobre as decisões políticas⁶⁵.

Cabe ressaltar que o Estado Democrático de Direito é um ideal que tem como principal enfoque a subordinação do poder político às regras gerais, abstratas e não retroativas e, que tem por finalidade combater a arbitrariedade e o abuso do poder através de uma institucionalização de um governo que tenha como pressuposto a razão. Assim, todos os cidadãos devem dispor de meios cognitivos para prever quais tipos de decisões poderão ser tomadas, em particular pelo Executivo e Judiciário⁶⁶.

Na atualidade, o Estado Democrático de Direito se tornou mais abrangente, chegando ao ponto de quase ser confundido com o constitucionalismo. O constitucionalismo por sua vez, oferece ao poder limitações que, em excesso, podem sufocar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão. Já a democracia

⁶³ SOUZA NETO, 2006, p. 101.

⁶⁴ Ibid., p. 102.

⁶⁵ Ibid., p. 128.

⁶⁶ ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de direito**. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O Estado de direito – história, teoria e crítica. Martins Fontes. São Paulo: 2006. p. 37.

sem limites pode causar sérios riscos aos direitos fundamentais das minorias, bem como aos valores sociais decorrentes do processo democrático⁶⁷.

É cediço que, a soberania popular já foi vista como uma ameaça à liberdade individual. Novais⁶⁸ afirma que um Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais desempenham um papel essencial.

Para estudar o Estado Democrático de Direito, cumpre destacar a importância do jusnaturalismo moderno. Nesta óptica, os cidadãos são titulares de direitos oponíveis contra o Estado. Para o jusnaturalismo, a função estatal é garantir aos indivíduos os direitos naturais, esta é a ideia central do pensador John Locke. A concepção de direito natural é um limite à ação do Estado, em que sua validade independe de terem sido efetivamente reconhecidos direitos individuais.

Ao afirmar que direitos fundamentais são uma limitação ao poder estatal, não se pode concluir que o Estado não pode restringi-los. Neste desiderato, soerguem-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a finalidade de manter somente restrições a direitos fundamentais alicerçadas nos fundamentos de adequação, necessidade e justificação compatíveis com a Constituição. Outra forma decorrente da moderação do poder estatal é a divisão funcional realizada dentre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

É de suma importância que para a construção de um modelo contrário ao absolutismo, o poder não se concentre nas mãos de um só órgão, com o intuito de tomar as decisões unilateralmente. O poder deve ser distribuído de forma que se permita que um controle o outro. A este sistema normativo-constitucional, denominou-se “freios e contrapesos”, no qual a principal ideia é a interpenetração das funções do Estado. Assim, as funções são divididas entre os órgãos existindo uma nítida cooperação entre os poderes.

Considerando os apontamentos acerca do Estado Democrático de Direito e soberania popular, para consolidar a democracia, “Habermas vem oferecendo através de sua obra, uma oportunidade ímpar de compatibilizar o ideal da participação com

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Lumen Júris. Rio de Janeiro: 2007. p. 16.

⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 17.

os problemas colocados à sociedade moderna pela complexidade e pelo pluralismo⁶⁹. Isso significa que a legitimação da democracia se dá através de meios comunicativos advindos da vontade e da opinião que, servem de canal para decisões sobre o governo e a administração.

A deliberação se perfectibiliza da seguinte forma: diversos participantes expõem suas ideias, criticam as ideias dos demais e o Estado Democrático de Direito garante a liberdade e igualdade entre eles.

O modelo de Habermas se baseia na “razão comunicativa”⁷⁰ que se traduz na atitude realizada pelos indivíduos através de sua concepção sobre algo no mundo. Para que haja este conhecimento, é importante que cada indivíduo compreenda os demais e os tenha como iguais dentro da mesma sociedade. Por conseguinte, surgem os princípios incorporados no modelo. O primeiro deles é denominado de princípio da universalização: “Toda norma tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos”⁷¹.

Faria⁷² aponta o conteúdo a ser deliberado no processo de democracia de Habermas: “inclui tudo aquilo que é de preocupação aos cidadãos”. O modelo cooperativo surge com a finalidade de harmonizar a relação existente entre o Estado de Direito e a Democracia. Enquanto que no modelo de democracia deliberativa de Habermas preponderava a democracia, o modelo de Rawls exaltava o Estado de Direito.

Para que o modelo de cooperação seja de fato efetivo, é de extrema imprescindibilidade que haja liberdade. Sem liberdade não há que se falar em exercício da soberania popular. Neste contexto, ressalta-se a importância da liberdade como condição para o exercício da soberania popular⁷³. Da mesma forma, a igualdade também é necessária para a instauração da interação cooperativa. A igualdade pressupõe uma distribuição justa de recursos sociais.

⁶⁹ FÁRIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. In Lua Nova, n. 50, 2000, p. 48. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

⁷⁰ SOUZA NETO, 2006, p. 136.

⁷¹ Ibid., p. 139.

⁷² FÁRIA, 2000, p. 58.

⁷³ SOUZA NETO, op. cit., p. 162.

Deste modelo, pode-se concluir que participação popular no sistema democrático deliberativo tem fundamento na liberdade, no momento em que o indivíduo exerce suas escolhas perante os demais, escolhas essas, tanto de expressão como religiosa, e na igualdade, o que pressupõe que cada indivíduo terá uma carga equitativa no que tange às decisões a serem tomadas dentro do sistema deliberativo, ou seja, do resultado final, todos serão responsabilizados de igual forma.

O poder político se subordina a uma constituição obedecida por todos. Além de evitar atos arbitrários, a constituição busca também propiciar certeza, previsibilidade e capacidade de planejamento, condições necessárias para o gozo da liberdade. A Constituição é suprema, o legislador não pode editar leis que sejam contrárias ao seu ordenamento⁷⁴.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a democracia, valorou os princípios fundamentais baseados na dignidade humana, no pluralismo político, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Sarmento⁷⁵ afirma que do “ponto de vista simbólico, a Constituição quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país”.

Nesse contexto, Carlos Santiago Nino faz um estudo comparativo acerca das teorias de democracia de Rawls e Habermas. Buscando superar a proposta individualista de Rawls e a de Habermas que conduz a um populismo moral⁷⁶.

Nino acredita na democracia deliberativa como método mais confiável para modificar os interesses das pessoas. O valor epistêmico da democracia está voltado à aceitação da decisão democrática, sendo de grande valia a opinião individual ou de grupos minoritários acerca de uma objeção. Nino demonstra que decisões tomadas sob influência de negociações ou emoções podem ser negativas, porém, podem também ser responsáveis por grandes mudanças no quadro de governo representativo⁷⁷.

O doutrinador Nino defende que a verdade moral é constituída pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio de qualquer indivíduo. Para Rawls, o

⁷⁴ MENDES, 2008, p. 69.

⁷⁵ SARMENTO, 2007, p. 11.

⁷⁶ GODOY. Miguel Gualano. **A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas**. Revista co-herencia. Medellin, Colombia: 2011. p. 64. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n14/v8n14a03.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

⁷⁷ Ibid., p. 72.

que mais vale dentro da democracia são as regras que definem a validade dos princípios, já para Habermas, a verdade moral resulta do consenso. Nino se utiliza das duas teses, e ressalta os aspectos positivos de ambas, o que se encontra de novo na sua teoria é o denominado “construtivismo epistemológico” A partir deste termo, Nino procura demonstrar que a partir das discussões coletivas e individuais, não se tem um consenso, tem-se o surgimento de um Estado de conflito.

Segundo leciona Chueiri⁷⁸ a tensão entre a democracia e o constitucionalismo decorre justamente da ideia da preocupação com as minorias e a busca e proteção de determinados valores. A democracia deve ser vislumbrada como um procedimento e experimentação da ação comunicativa e argumentativa, com a finalidade de que todas as decisões sejam moralmente corretas.

Para isso, não se pode violar direitos e garantias presentes na Constituição. Neste aspecto reside a diferença entre a teoria de Nino e as de Rawls e Habermas, o que se pretende não é ignorar ou superar essa tensão, e sim aprender a conviver com ela.

Diante disso, tem-se que a tensão entre o constitucionalismo e a democracia não pode ser observada como prejudicial ao sistema jurídico-político, devendo a mesma ser utilizada de forma a valorar os direitos e expandir o rol democrático. Assim, considerando que, diante da teoria exposta de Carlos Santiago Nino, não é possível sanar abstrações constitucionais sem utilizar os juízos valorativos, suscita a reflexão sobre o conceito de justiça da decisão, no contexto da judicialização da política e a sua necessária justificação racional, para que não incorram em sentenças subjetivas e arbitrárias.

Isto pois, a preocupação com a consolidação dos direitos fundamentais e a proteção da eficácia das normas constitucionais enseja a promoção incisiva da fiscalização do Poder Judiciário, bem como a sua leitura valorativa é utilizada em casos polêmicos trazidos à tona diante da inércia do Poder Legislativo, o que aproxima o juiz à realidade e adentra no pragmatismo jurídico na busca pela resolução do caso concreto. Esse ambiente pode ensejar a interpretação judicial que, de maneira criativa, cria normas. Portanto, constata-se que as teorias de interpretação

⁷⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174, São Paulo: 2010. p. 170. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100009. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

constitucional no Estado Democrático de Direito se desenvolveram de modo tal, a proporcionar o desafio de encontrar um método de interpretação e aplicação que possa identificar a legitimidade na atividade jurisdicional.

Dessa forma, os estudos sobre a Judicialização da política acabam trazendo questões em torno do controle de constitucionalidade: quais os limites do exercício do controle judicial de constitucionalidade? Como evitar que pela própria pressão dos partidos, o Tribunal Constitucional invada a competência do Legislativo? O Tribunal Constitucional, ao exercer sua função, protege as minorias ou legitima o domínio político da maioria?

Ao afirmar que direitos fundamentais são uma limitação ao poder estatal, não se pode concluir que o Estado não pode restringi-los. Neste desiderato, soerguem-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a finalidade de manter somente restrições a direitos fundamentais alicerçadas nos fundamentos de adequação, necessidade e justificação compatíveis com a Constituição. Outra forma decorrente da moderação do poder estatal é a divisão funcional realizada dentre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

É de suma importância que para a construção de um modelo contrário ao absolutismo, o poder não se concentre nas mãos de um só órgão, com o intuito de tomar as decisões unilateralmente. O poder deve ser distribuído de forma que se permita que um controle o outro. A este sistema normativo-constitucional, denominou-se “freios e contrapesos”, no qual a principal ideia é a interpenetração das funções do Estado. Assim, as funções são divididas entre os órgãos existindo uma nítida cooperação entre os poderes.

Souza Neto menciona como exemplo do diálogo institucional entre os Poderes: para que um projeto de lei ordinária seja aprovado, além de contar com a maioria dos votos no Parlamento, deve também, ser objeto de sanção presidencial, e ainda, sua constitucionalidade ser fiscalizada pelo Supremo Tribunal Federal.⁷⁹

Da separação dos poderes também nasce o princípio da legalidade, o qual determina que todos os atos se limitem à aplicação da lei. Ainda, a lei deve ser aplicada de maneira indistinta, não podendo beneficiar ou prejudicar determinados grupos. O conteúdo material do princípio da legalidade se baseia na ideia de abstratividade, generalidade e irretroatividade.

⁷⁹ SOUZA NETO, 2006, p. 32

Desta forma, os direitos fundamentais e a separação de poderes têm como função garantir que o poder não seja exercido de forma arbitrária.

Uma das principais bases do pensamento político moderno é a democracia. Neste aspecto, o Judiciário e em especial o STF, como guardião constitucional deve fiscalizar a participação popular e reprimir qualquer tipo de discriminação, proteger direitos políticos, além de observar o funcionamento e manutenção do processo decisório. Esta função do Poder Judiciário tem por finalidade garantir a liberdade de expressão, o direito de reunião, de associação partidária e até mesmo o direito ao voto. A democracia protege a minoria impondo limites à maioria⁸⁰.

A democracia tem como principal fundamento a preocupação com a participação do indivíduo no processo decisório sobre a política. Uma norma só é legítima quando os seus destinatários participam do processo de elaboração, ou seja, deve haver uma harmonia, um equilíbrio, entre governantes e governados. E, por conseguinte, uma isonomia entre os governados. É imprescindível que a democracia seja uma forma de governo para que a soberania popular seja efetiva, além disso, é necessário que ela seja aplicada também fora do âmbito eleitoral.

Dessa maneira, o conceito de pluralismo deve albergar uma preocupação com uma visão mais aberta, ou seja, de um pluralismo voltado a identificar e legitimar conquistas já asseguradas constitucionalmente e, das contribuições dos operadores do direito propícias a construir uma nova sociedade, mais justa e com menos desigualdades e, que satisfaça as necessidades fundamentais e o mínimo existencial.

Registre-se que, o constitucionalismo democrático pressupõe o arranjo institucional da fusão de duas ideias distintas (democracia e constitucionalismo), que se conjugam para produzir o modelo contemporâneo. Democracia, traduzindo a soberania popular, governo do povo, ou a vontade da maioria. Constitucionalismo por sua vez, pressupõe a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais.

2.1 O tênue limite de separação entre direito e política e a dificuldade contramajoritária

Hodiernamente, o Poder Judiciário ganhou espaço diante da crise, legítima, da representatividade do Poder Legislativo e Executivo. Assim, a judicialização de

⁸⁰ MENDES, 2008, p. 66

questões sociais, morais e políticas ganhou mais realce com o movimento exponencial do ativismo judicial.

Inicialmente, Ernani Carvalho esclarece que a expansão do poder judicial tem ligação direta com a queda do comunismo e, conseqüentemente, da União Soviética, senão veja-se:

O colapso do socialismo real promoveu o capitalismo e suas instituições de mercado, além de os EUA terem-se tornado a única superpotência do planeta. O desenvolvimento da revisão judicial e dos demais mecanismos institucionais desse país ficaram em evidência. Não seria surpresa para os autores se a inclusão de um Judiciário forte nas novas democracias (Ásia, América Latina e África) tivesse como modelo o caso americano⁸¹.

O objetivo é demonstrar que a concepção formalista de separação total entre direito e política não subsiste, pois, a confluência existente do político e o direito é cada vez mais latente e perceptível, principalmente pelo ativismo judicial. Sobre esta realidade, Barroso esclarece que a atuação intensa e estratégica do Judiciário em determinados casos, é o que permitem sua interferência, mesmo rarefeita, nos outros dois Poderes. Neste sentido, complementa que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁸².

A concepção tradicional aponta que a atuação judicante estaria isenta de qualquer participação do político porque haveria uma independência e autonomia do Poder Judiciário diante dos outros poderes. Contudo, esta concepção está defasada,

⁸¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista Sociologia Política, Curitiba, n. 23, p. 127-139, Nov. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de Março de 2018.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2018.

pois a autonomia do direito em relação à política é quase impossível, considerando que as normativas previstas pelo ordenamento jurídico não solucionam todos os casos, o que requer do operador do direito, em determinados casos, a utilização de argumentação técnico-jurídica baseada em preceitos e princípios fundantes, o que possibilitam, por conseguinte, a interação e influência de diversos elementos extrajudiciais.

Acrescenta-se, ainda, que neste modelo tradicional e formalista, o papel desempenhado pelos operadores de direito seria estritamente mecânico e automático, pois consistiria apenas a um processo de subsunção do fato à previsão normativa. O juiz, neste modelo, não exerceria uma atividade criativa e tampouco com influência política, pois ele teria como incumbência aplicar a consequência previamente prevista em lei.

Todavia, veja-se que a relação estabelecida e existente entre o político e o direito é estreita, vez que evidente está a interação de alta complexidade entre essas duas áreas, o que vai desde a construção das normas jurídicas pelo Poder Legislativo até o julgamento de casos mais complexos que necessitam de uma atividade mais intensa pelo magistrado. Neste sentido, Barroso leciona que:

No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo Legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político⁸³.

Nota-se que, a Constituição é o documento que permite a conexão entre o campo político e o jurídico, na medida em que estabelece o modelo de Estado de Direito com a previsão das atribuições e limitações de cada poder.

Assim sendo, o que se tem na concepção contemporânea de modelo de Estado Democrático, é de uma reserva de poder político a ser exercido pelo Poder Judiciário, mormente em litígios estratégicos de alta complexidade, bem como naqueles em que o Estado figura como parte.

Diversamente do que propõe a concepção tradicional, nota-se que não há, portanto, linha divisória definida entre direito e política, em que pese o direito seja

⁸³ BARROSO, 2012, p. 15.

distinto da política, este não pode ser compreendido isoladamente, considerando que as normas jurídicas são criadas por decisões políticas que visam atingir determinados fins.

Veja-se que a complexidade da atividade judicante reside na própria interpretação que não pode ser entendida como um processo objetivo e mecânico, na medida em que existe espaço para valoração pelo intérprete, pois embora não possa o intérprete usar seus próprios valores morais e políticos para julgar os casos, ainda assim não haverá neutralidade. O processo interpretativo e de aplicação do direito envolve elementos cognitivos e volitivos, pois é muito além de simples aplicação de normas jurídicas.

O intérprete deverá fundamentar além dos elementos constantes no caso concreto, ponderar pelos princípios da proporcionalidade, a solução mais adequada para aquele caso. Nos casos mais complexos o sentido da norma é fixado pelo magistrado, o que demanda, portanto, atuação criativa do intérprete para justificar a argumentação utilizada. Nesses casos, como a solução não está na norma, elementos extrajurídicos, como a moral e a própria política, podem influenciar o julgador na escolha por determinada solução em detrimento de outra, igualmente possível.

A visão mecânica e objetiva foi superada pelo realismo jurídico, na medida em que considera grau de influência de fatores externos na atividade judicial diante da complexidade do caso, principalmente porque o magistrado, ao fazer uma escolha para sua tomada de decisão no julgamento de um caso, é influenciado por sua personalidade, preferências e preconceitos.

Barroso assevera que embora exista influência do político no direito, ainda assim, existe uma certa autonomia parcial do ramo, vez que o direito limita as possibilidades legítimas de solução, diante da exigência da argumentação técnica e lógica jurídica, esteja adequada aos preceitos fundantes do ordenamento, o que confere à sociedade a possibilidade de controle da atividade judicante. Na mesma perspectiva, conclui que:

O direito pode e deve ser uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer este fato não envolve

qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro⁸⁴.

Importante referir, neste desiderato que segundo a Carta Magna, artigo primeiro, o pluralismo político se constitui em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁸⁵.

Neste particular, salutar contribuição acadêmica nos traz Maliska⁸⁶, em sua obra intitulada Pluralismo jurídico e direito moderno notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade, que lança a perspectiva pluralista como sendo aquela que não apresenta uma visão de pluralismo voltado a identificar toda e qualquer perspectiva de jurisdição emanada do Estado como burguesa, classista e comprometida com os interesses hegemônicos.⁸⁷

Dessa forma, o conceito de pluralismo⁸⁸ deve albergar uma preocupação com uma visão mais aberta, ou seja, de um pluralismo voltado a identificar e legitimar conquistas já asseguradas constitucionalmente e, das contribuições dos operadores do direito propícias a construir uma nova sociedade, mais justa e com menos desigualdades e, que satisfaça as necessidades fundamentais e o mínimo existencial.

Com tal característica, o hermeneuta do direito não pode se circunscrever, em nome de um formalismo excessivo e ultrapassado toda fonte jurídica a lei.⁸⁹, uma vez que Direito e lei não são expressões sinônimas, já que a expressão Direito significa tudo aquilo que está intimamente ligado à pessoa e ao grupo social ao qual ela pertence. Portanto, o Direito não se delimita aos estritos termos da lei e da teoria da unicidade. A diversidade de formas de organização social, emanando normas próprias para regular seus membros, perfazem uma rede imensa de jurisdições que atribuem uma natureza plural ao Direito.⁹⁰

⁸⁴ BARROSO, 2012, p. 40.

⁸⁵ Artigo 1 CF/88: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II- a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 de janeiro de 2018.

⁸⁶ MALISKA, 2009, p. 109.

⁸⁷ Trata-se de tema já abordado por nós em: Cf. LUTZ, Maria Luiza Scherer; FISCHER, O. C. **Jurisdição Constitucional do STF: Judicialização da Política e o Papel Contramajoritário** In: Cultura & Inclusão.1 ed. Curitiba/PR: Instituto Memória Editora, 2016, p. 41-52.

⁸⁸ MALISKA, 2009, p. 109.

⁸⁹ Ibid., p.111.

⁹⁰ Ibid., p. 112.

Entretanto, a natureza plural do Direito não significa, propriamente, que não há um centro unificador desta diversidade. Segundo, Eugen Ehrlich⁹¹, este centro é o Estado que, através dos processos de abstração e generalização, regula grande extensão territorial e determina as normas a serem obedecidas.

Por conseguinte, deve-se pensar o pluralismo jurídico como expressão de sociedades cada vez mais complexas e dinâmicas, o que envolve perpassar a discussão entre os aspectos materiais e formais do Direito⁹². A dinâmica e a complexidade das sociedades traduzem os conceitos de afirmação e negação. Afirmação de um direito formal, previsível, em razão da dinâmica, uma vez que hodiernamente é impossível pensar o Direito como um correspondente informal, próprio das relações pessoais e próximas, já que as relações atuais estão cada vez mais formais, impessoais e massificadas. A negação⁹³ é vislumbrada em razão da complexidade, pois um único Direito, o estatal, não consegue satisfatoriamente contemplar toda uma diversidade de relações jurídicas existentes. Por corolário lógico, as regulamentações dessas formas alternativas de resolução de conflitos, não se ligam, à legislação estatal, mas convivem com ela, citando-se meramente a título exemplificativo, a mediação e a arbitragem⁹⁴.

Maliska⁹⁵ registra em sua elucidativa obra doutrinária a respeito do pluralismo que a discussão abrangente da dicotomia pluralismo-monismo jurídico, não deve abstrair os procedimentos formais como expressões do Direito - Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - devendo-se voltar também a expressão plural do Direito como um fenômeno social. Dessa maneira, o pluralismo jurídico não deve ser vislumbrado como negação do Estado ou como fórmula capaz de implementar um novo paradigma de superação do modelo de Estado, mas como um instrumento de democratização e politização do Direito.

Registre-se que, o constitucionalismo democrático pressupõe o arranjo institucional da fusão de duas ideias distintas (democracia e constitucionalismo), que se conjugam para produzir o modelo contemporâneo. Democracia, traduzindo a soberania popular, governo do povo, ou a vontade da maioria. Constitucionalismo por

⁹¹ MALISKA, 2015, p. 45.

⁹² MALISKA, 2009, p. 115.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Para tanto, Cf. MALISKA, 2009.

⁹⁵ Ibid., p. 116.

sua vez, pressupõe a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Frise-se, neste aspecto o papel contramajoritário do STF⁹⁶.

Neste sentido, importante enaltecer os ensinamentos de Barroso:

O primeiro papel é apelidado na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e hora pelo Congresso Nacional⁹⁷.

Pode-se afirmar a partir de tais premissas conceituais que o sistema constitucional moderno reclama por uma colaboração entre os Poderes. Assim, constatada a omissão e abuso dos outros Poderes, a atuação do Judiciário é exigida pela sociedade para fazer valer o primado da Constituição e do Direito.

Nessa esteira de reflexão, pode-se admitir que as omissões do poder público acabam por conferir ao Judiciário uma legítima função de Judicialização da política e da proteção de grupos contramajoritários ou subrepresentados, que consistem em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica.

⁹⁶ BARROSO, 2015, p. 439 traz à lume um interessante panorama de questões de relevância política, social ou moral discutidas ou que já estão postas em sede judicial, especialmente perante o STF. À enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS- caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante 11); (vii) demarcação da Reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Italia e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso de amianto (ADI 3937/SP)". Neste particular, importante referir a Tese de Doutorado de PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34882.pdf>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

⁹⁷ Ibid., p. 476.

Destaque-se que a Judicialização da Política e da proteção de minorias se ampliam no Brasil no contexto do processo de consolidação das instituições democráticas. Dessa forma, o arranjo constitucional em vigor permitiu e legitima uma intensa participação do Poder Judiciário nas decisões políticas do país, perfectibilizado através da judicialização da política e do papel exercido pelo STF.

2.2. Causas e efeitos da judicialização da política no Brasil

A judicialização da política é um processo que se iniciou com o surgimento de um novo espaço de debate e participação democrática dentro do Poder Judiciário. Trata-se de um espaço alternativo e, portanto, não visa a exclusão de outras instituições políticas-representativas clássicas.

Entre os vários motivos que levaram ao surgimento e fortalecimento desse espaço de debate, está a promulgação da Constituição cidadã, que inseriu o Poder Judiciário em contexto de protagonismo, ampliando as competências do Supremo Tribunal Federal; possibilitando ao Poder Executivo a edição de medidas provisórias; ampliando o rol dos legitimados ativos a propor ação direta de inconstitucionalidade; e com a composição de normas com textura abertas, o que transmite, por vezes, ao Poder Judiciário a necessidade de preencher essas lacunas.

Ademais, segundo os autores com que se trabalhará neste tópico, outros fatores possíveis de serem levantados – e aqui se traz um contexto mais histórico e econômico – são: a velocidade de evolução do contexto econômico do Brasil; o surgimento de novas forças sociais com o respaldo de importantes movimentos, organizações e grupos sociais; a ineficácia da política macroeconômica do país e a explosão da crise social.

No entanto, a judicialização da política não se resume a contextos periféricos ou ampliação do acesso à justiça e maior espaço do Poder Judiciário, o verdadeiro espaço de atuação jurisdicional no âmbito político foi construído sob a égide da hipertrofia legislativa; da crise na representação política e da crescente ineficácia do sistema político-decisório.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Ibañez, que alerta para as mudanças de comportamento jurisprudencial dos tribunais, que passaram a atuar nos

vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Essas alterações foram impulsionadas pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas (crise do Positivismo Jurídico), pela delegação e/ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias (como, por exemplo, a criação dos conselhos da magistratura), pela crescente pressão da sociedade civil e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais⁹⁸.

De todo modo, o produto da judicialização da política é decorrente de uma expansão de atuação pelo Poder Judiciário, tal expansão é autorizada pela própria Constituição, que o legitima a atuar na arena política para a proteção e efetivação do extenso rol de direitos fundamentais que, a partir de 1988, passaram a receber proteção jurídica e garantia de efetividade.

Portanto, a atividade do Judiciário na arena política pode ser não entendida como uma distorção institucional, pelo contrário, trata-se de uma atuação legítima, posto que decorrente dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria lógica democrática da Constituição, o que, por fim, representa um reforço à lógica democrática e não uma ruptura desse sistema.

Para Thamy Pogrebinschi o reforço da democracia ocorre pela atuação do Judiciário, pois coloca a atuação das cortes como uma forma de representação, mesmo que composta por juízes não eleitos pelo povo. Desse modo, propõem “formas de ampliação do conceito de representação política passíveis de fazê-lo alcançar e abranger instituições não majoritárias, em particular as cortes constitucionais”⁹⁹. Portanto, “uma vez ampliado o escopo da representação política, as cortes constitucionais podem ser consideradas instituições representativas politicamente, a despeito da não aplicabilidade do dispositivo eleitoral”¹⁰⁰ e, pois, possuir atuação legítima e que corrobora para o fortalecimento da democracia.

Por outro lado, a judicialização não é um processo que se iniciou no Brasil, nem tão pouco foi influenciado tão somente por acontecimentos internos, mas sim derivados de outras correntes influenciadoras externas ao país. Para Neal Tate e Tobjörn Vallinder, investigadores da judicialização política, o processo de expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas resultou após o fim do

⁹⁸ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Democracia com juízes**. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun/2003.

⁹⁹ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 165.

¹⁰⁰ Ibid., p. 165.

comunismo no leste europeu, com a queda da União Soviética, e a ascensão dos EUA, o que propiciou a propagação do modelo de revisão judicial praticado nesse país, tornando-o paradigma de controle judicial a ser seguido por países com democracias jovens, influenciando, portanto, também o Brasil¹⁰¹.

Em que pese esses acontecimentos tenham influenciado diferentemente os países com sistemas jurídicos diversos, Common Law e Civil Law, para Cappelletti existe uma tendência de aproximação entre ambos os sistemas jurídicos, devido ao crescimento do caráter legislado da Common Law; à aproximação com o modelo de *checks and balances* do federalismo norte-americano; e à reformulação da teoria da separação dos poderes nos termos concebidos por Montesquieu, o que ampliou a atuação do Poder Judiciário no sistema da Civil Law, conferindo aos juízes papel criativo e função de guardiões dos direitos fundamentais¹⁰².

No Brasil, como já mencionado, a maior parte das condições que influenciaram o desenvolvimento da judicialização da política são mais evidentes após o processo de redemocratização e da Constituição de 1988. Há ligação direta com a própria Constituição Federal, uma vez que esta trouxe normas de caráter valorativo e de direitos fundamentais e sociais. Esses direitos e valores dão à Constituição um caráter fortemente social e, pois, atribuição ao Estado do dever de resguardar e efetivar tais direitos, o descumprimento do Estado no papel de proteção da Constituição é um marco a justificar um Judiciário capaz de se inserir na arena política, a fim de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional. Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, alertam para esse fenômeno:

Examina-se o diagnóstico sobre os inéditos papéis exercidos pelo Judiciário nas sociedades contemporâneas. Sublinhou-se, então, o amplo consenso quanto à configuração de um novo panorama mundial, caracterizado pela incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à exploração das demandas sociais por justiça¹⁰³.

Outra causa fundamental ao desenvolvimento da judicialização da política no Brasil é a universalização do acesso à justiça, consolidada como valor supremo, por meio da garantia do exercício de direitos, por meio do processo efetivo como

¹⁰¹ TATE; VALLINDER, 1995, p. 27-36.

¹⁰² CAPPELLETTI, 1999, p. 123-124.

¹⁰³ VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 149.

“instrumento de acesso de cada um do povo à ordem jurídica justa”¹⁰⁴. Assim, a jurisdição do Estado Democrático de Direito reconhece o devido processo constitucional indispensável para um “sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade”¹⁰⁵.

Sabe-se que essa efetividade decorre de um longo processo de desenvolvimento da concepção de “processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com o respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”¹⁰⁶, motivo pelo qual a função jurisdicional não se restringe meramente ao cumprimento de regras e princípios constitucionais de natureza procedimental, de modo que para que os conflitos sejam resolvidos e a justiça seja feita, necessário “tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos) e, de outro lado, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final”¹⁰⁷.

Isto pois, é “direito de qualquer cidadão de se dirigir ao Judiciário e esperar dele um pronunciamento sobre as pretensões apresentadas”¹⁰⁸. Assim, a efetividade do acesso à justiça depende de mecanismos que permitam o cumprimento integral das garantias fundamentais, para promover o acesso geral à justiça. A universalização do acesso à justiça se desenvolveu a partir das ondas renovatórias até o que consolida atualmente como a quarta onda renovatória:

Na quarta onda discutimos a questão epistemológica do direito. Nessa fase, questionamos o profissional do direito, sua formação, sua habilidade etc. Já parou para pensar que tipo de cultura jurídica está sendo formada? Será que o profissional formado hoje em dia está preparado para enfrentar um Judiciário lento e cheio de burocracia? Os currículos universitários correspondem a uma boa formação humanística?¹⁰⁹

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1987. p. 254.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **O que é devido processo legal?** Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n.163. p. 78.

¹⁰⁶ THEODORO, H, J. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. I. Rio de Janeiro: Forense. p. 20.

¹⁰⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 36.

¹⁰⁸ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 229.

¹⁰⁹ SIQUEIRA, Márcio Araújo de. **Acesso à Justiça uma realidade ou uma fantasia?**. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7479>. Acesso em 21 de fevereiro de 2018.

Seguindo o raciocínio, a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado é um fator preponderante para a efetivação da judicialização da política, pois confere aos poderes autonomia entre si e transfere ao Poder Judiciário o dever de fiscalização atuando como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes do Estado, o que atribuía maior respeitabilidade as suas decisões e atuação. “Dessa forma, o Judiciário age tanto como um poder legislador negativo, quando suspende a eficácia da norma ou parte dela, como atua, também, como legislador positivo, quando interpreta, aplica e define o sentido e a abrangência do texto normativo”¹¹⁰.

Para Barroso, a força do Poder Judiciário é fator preponderante para a judicialização da política:

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil¹¹¹.

O legislador constituinte ao se debruçar nos ditames da Constituição, achou por bem, em decorrência da ausência de unidade e coerência legislativa, promulgar uma Carta Constitucional com textura aberta, repleta de normas programáticas e cláusulas indeterminadas, em especial quanto a temas de elevado clamor social. Desse modo, recorreu a normas que permitissem ulteriores complementações e valorações do sentido normativo. “Com isso, o Judiciário teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização e reconstitucionalização do País, sendo levado a assumir o papel de realizador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político”¹¹².

Nesse sentido, verifica-se a ampliação das hipóteses em que os juízes são chamados a valorar autonomamente as normas e a agir de modo semelhante ao legislador, o que destaca a necessidade de atuação singular e a cada caso concreto, possibilitando, portanto, uma atuação mais equitativa e fundada em preceitos dos

¹¹⁰ VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez, 2008. p. 394.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia, e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Mimeo, 2011. p. 7.

¹¹² FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil**. Coimbra, 2003. p. 16. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 20.02.2018.

direitos sociais e justiça distributiva, substituindo o legislador constituinte nos casos de omissão ou incompletude da norma.

Com a existência de fatores de indeterminação do direito, a subsunção do fato à norma dá espaço a medidas de valoração e adaptação da norma à dinâmica da realidade social. É nesse cenário que o juiz positivista vinculado à norma dá espaço para um juiz modelador da vida social, capaz de captar e atender a diversificação da realidade social. No entanto, os conceitos jurídicos abertos não permitem ao juiz atuação totalmente irrestrita no julgamento, cabendo, portanto, ao magistrado respeitar determinadas pautas normativas no momento de aplicar e interpretar o direito¹¹³.

Ao mesmo tempo que os conceitos abertos dificultam a aplicação do direito, “atribuem efetividade e força vinculante à Constituição, por intermédio do Poder Judiciário, que passa a ter uma atuação de cunho substancial a fim de efetivar os princípios democráticos, bem como a garantia dos direitos e garantias fundamentais”¹¹⁴.

A crise do positivismo foi um fator que também corroborou com a judicialização da política no país. Crise esta que proporcionou mudanças significativas na hermenêutica jurídica e passou a questionar a teoria da interpretação como dedução puramente lógica e formal do texto normativo, essa nova postura modificou a ciência do Direito, que, a partir de então, “deve ter em conta, antes de tudo, que seu trabalho tem destinação social e se liga a determinado contexto histórico, cujos contornos fundamentais não podem escapar”¹¹⁵.

Alteração na interpretação da norma fez com que surgisse uma nova forma de se aplicar o direito e a positivação do direito passa a ocorrer não apenas no momento Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário, quando julga o caso concreto¹¹⁶.

A competência do Supremo Tribunal Federal de realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos é, também, um item de relevância na inserção

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **Quem tem medo dos juízes (na democracia)**. Justiça e Democracia – Revista semestral de informações e debates, n. 01, 1996. p. 107

¹¹⁴ VERBICARO, 2008, p. 396.

¹¹⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 24.

¹¹⁶ DWORKIN, 2007, p. 57.

do Poder Judiciário no sistema político¹¹⁷, pois inserido no centro do sistema político de poder. O controle de constitucionalidade, no Brasil, pode ser realizado como controle concentrado e difuso, no entanto, o controle concentrado é o que salta aos olhos ao se falar de judicialização da política.

Ademais, a ampliação do rol de legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, além de reforçar a atuação do STF no âmbito político, possibilitou aos partidos políticos reclamar diretamente à Corte Constitucional, judicializando, por vezes, o processo Legislativo ou transferindo ao Poder Judiciário a instância decisória de certas questões polêmicas¹¹⁸.

A Constituição atribui ao Poder Judiciário o dever de fiscalizar o cumprimento dos preceitos constitucionais por parte dos demais poderes, e conseqüentemente, o aumento das possibilidades para o descumprimento dos preceitos constitucionais¹¹⁹ e necessidade da intervenção do Poder Judiciário na esfera política.

Além dos fatores jurídicos e legais, de forma mais indireta, o contexto histórico e político também contribuiu para o processo de judicialização da política. Em grande medida o desenvolvimento tardio da economia brasileira ensejou em processo acelerado de industrialização e, conseqüentemente, migração do campo para os centros urbanos. Esse processo, majoritariamente induzido pelo Estado, desencadeou uma série de conflitos sociais, em especial por conta da ineficiência no Estado em garantir os direitos individuais e sociais durante e após o processo de modernização. Tais conseqüências, refletiram diretamente na demanda por justiça e, conseqüente, crescimento da atuação do Poder Judiciário em demandas sociais e políticas¹²⁰.

No âmbito político, há dois fatores que contribuíram para a busca de efetivações políticas e de direitos fundamentais no Poder Judiciário. Um deles é o inchaço do processo Legislativo e ineficácia desse processo em atender aos anseios da sociedade. Esse fenômeno ocasionou uma intensa atividade legislativa na tentativa de restabelecer um equilíbrio entre o sistema jurídico e os conflitos que se apresentavam. Esses fatos ficam claramente expressados por José Eduardo Faria:

¹¹⁷ MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos**. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 7.

¹¹⁸ BARROSO, 2011, p. 7.

¹¹⁹ CAREY, John M.; SHUGART, Matthew (Org.). **Executive decree authority**. New York: Cambridge University Press, 1998. p. 19-20.

¹²⁰ FARIA, 2003, p. 15.

Instável, iníqua, contraditória e conflitiva, ela – realidade brasileira – se caracteriza por situações de miséria, indignidade e pobreza que nega o princípio da igualdade formal perante a lei impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; pelo aumento do desemprego aberto e oculto e pela redução do número de trabalhadores com carteira assinada, portanto desprovidos de proteção jurídica; por uma violência e uma criminalidade urbanas desafiadoras da ordem democrática e oriundas dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais transgressões cotidianas se converteu na única possibilidade de sobrevivência; por uma apropriação perversa dos recursos públicos, submetendo os deserdados de toda sorte a condições *hobbesianas* de vida; e por um sistema legal incoerente, fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade e segurança das expectativas, dada a profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais e de normas excessivamente singelas para serem aplicadas em situações altamente complexas¹²¹.

Diante da realidade brasileira, o Judiciário é chamado a atuar de forma mais indulgente, isso ocorre, pois, os tribunais tentam restabelecer um mínimo de coerência e unidade no sistema jurídico e, desse modo, ocasiona o aumento da discricionariedade na interpretação das normas e é aí que surge o fenômeno da judicialização¹²².

Isso porque, a ordem jurídica não consegue oferecer parâmetros constantes e precisos de interpretação e, conseqüentemente, acaba exigindo do juiz um trabalho interpretativo contínuo, “e como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juízes são obrigados a assumir um poder Legislativo”¹²³. Portanto, fica evidente diante desse cenário a incapacidade da dogmática jurídica em oferecer critérios racionais, unívocos e previsíveis para a interpretação jurídica, o que reflete no protagonismo do Poder Judiciário na esfera econômica, política e social.

Por derradeiro, um fator extremamente relevante e que contribuiu para o fenômeno da judicialização da política é a crescente crise de representatividade política aliada à ineficácia do sistema político decisório, o que leva os atores políticos e sociais recorrerem ao Poder Judiciário, a fim de reivindicarem seus direitos. Loiane Prado Verbicaro traz algumas referências que corroboram com a desproporcionalidade da representação política e com a crise institucional instalada no Brasil:

¹²¹ FARIA, 2003, p. 4–5.

¹²² TATE; VALLINDER, 1995, p. 40.

¹²³ FARIA, op. cit., p. 15.

A discussão em torno da desproporcionalidade na representação política envolve tanto a representatividade popular (Câmara dos Deputados) quanto a representatividade territorial (Senado Federal), a julgar pelos percentuais da relação representantes x representados, a saber: os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, com 42% da população e apenas 38% do eleitorado nacional, possuem maior número de representantes parlamentares na Câmara (52%) e no Senado (74%). Os Estados do Sul e Sudeste, com 58% da população e 62% do eleitorado, possuem o diminuto percentual de 48% dos representantes da Câmara e 26% dos representantes do Senado Federal¹²⁴.

Para Barroso a primeira causa da judicialização está ligada à força do Poder Judiciário e a separação de poderes, e por outro lado “a segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”¹²⁵.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a representação política é o “vínculo entre os governados e os governantes pelo qual estes agem em nome daqueles e devem trabalhar pelo bem dos representados e não pelo próprio”¹²⁶, vínculo este que é abalado tanto pela desproporcionalidade da representatividade territorial, informada por Loiane, quanto pela crise na representação política apresentada por Barroso.

A junção de ambos os aspectos que coordenam uma ineficácia de atuação por parte dos poderes Legislativo e Executivo eleva o potencial de ingovernabilidade, o que reflete no Poder Judiciário, que muitas vezes depara-se com a provocação sobre essa falha. Nesse mesmo sentido, afirma Loiane:

Tal sistema representativo, com elevado potencial de ingovernabilidade, gera reflexos no empobrecimento das vias de representatividade popular e no crescente déficit de cidadania e inclusão social, o que desloca, ao Poder Judiciário, atribuições e responsabilidades próprias da arena política, a fim de propiciar uma via a mais de acesso às instâncias de poder, à cidadania, à inclusão e à igualdade¹²⁷.

Portanto, a judicialização da política no Brasil é decorrente de diversos fatores externos e internos; políticos e históricos e técnico-jurídico. Sendo a descredibilidade

¹²⁴ VERBICARO, 2008, p. 402.

¹²⁵ BARROSO, 2011, p. 7

¹²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 86.

¹²⁷ VERBICARO, op. cit., p. 403.

da classe política e a ineficiência dela em responder os anseios da sociedade; a necessidade de defesa de grupo minoritários; bem como outros fatores aqui mencionados fazem com que as demandas oriundas e de responsabilidade dos demais poderes passem a ser decididas por um órgão julgador.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O crescimento da participação com relação às questões levadas ao Supremo considera as inúmeras temáticas consolidadas na Constituição, bem como a tomada de consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos e a consequente exigência dos mesmos em juízo¹²⁸, especialmente em virtude de um longo processo de redemocratização do país que o fez tomar frente de diversas questões e, por vezes, se prevalecer frente aos demais¹²⁹.

Assim, tendo sido, por vezes, como poder legítimo na defesa dos direitos fundamentais, o Judiciário não possui expresso os limites de sua ingerência com relação aos demais poderes nessa inovação da ordem jurídica, o que pode gerar a problemática em torno do argumento da última palavra e a consequente declaração do Judiciário ou do Legislativo como o legitimado para desenvolver a promoção dos direitos fundamentais.

3.1 Oscar Vilhena Vieira

A interpretação constitucional que abarca a ponderação de valores e princípios, atrelada ao movimento de força da ciência política, desenvolve na atualidade um desafio de compreensão do Direito e seus aplicadores, especialmente com relação ao seu instituto máximo: o Supremo Tribunal Federal, não mais estudado apenas pela doutrina jurídica, mas também pelas áreas da economia e ciências políticas, bem como cidadãos comuns que passaram a participar de maneira mais ativa, dedicando-se ao entendimento das decisões judiciais e todo o aparato que permeia o ramo jurídico.

Esse movimento no qual o Judiciário ampliou sua autoridade conforme o direito avançou na direção da política, de modo a tomar espaço da autoridade dos

¹²⁸ BARROSO, 2012, p. 9.

¹²⁹ Para tanto, Cf. BARROSO, 2009.

parlamentos¹³⁰, possui algumas correntes explicadas pelo sistema de mercado¹³¹, compressão do sistema democrático representativo derivado da hiperconstitucionalização¹³², dentre outros. Nesse sentido, defende Ronald Dworkin que “os direitos são mais bem entendidos como trunfos sobre alguma justificativa de fundo para decisões políticas que estabeleçam uma meta para a comunidade como um todo”¹³³. No âmbito político, antes de mais nada, importante ressaltar que:

Não vivemos, no entanto, num mundo ideal, mas num mundo composto por pessoas, que, muito embora sejam capazes de articular alguns princípios de justiça, de discernir entre o certo e o errado, nem sempre estão de acordo sobre quais desses princípios devem informar a organização da sociedade, ou seja: não estão de acordo sobre quais direitos as pessoas devem ter. E, como não seria desejável viver em uma sociedade em que não houvesse um conjunto de princípios aos quais todos devessem se submeter, indispensável que se constitua alguma instância com autoridade para determinar quais princípios devem reger esta sociedade. Essa instância é que se denomina política¹³⁴.

Considerando, portanto, que a política “é a esfera de autoridade que decide de forma vinculante, ou seja, onde são definidas as condutas ou normas que se impõe sobre os membros de determinada comunidade”¹³⁵, as decisões políticas não podem decorrer da vontade de apenas um indivíduo, mas sim devem contar com a participação no processo de tomada de decisão.

É por esse motivo que as limitações impostas pelos direitos fundamentais são legítimas pois defendem os pressupostos da democracia, mas que esse modelo de governo não significa fonte exclusiva de legitimação do sistema político, visto que, sua base, “a justiça, representada por um amplo conjunto de direitos fundamentais, é um fim independente”¹³⁶. Nesse sentido, considerando-se que do art. 5º, XXXV da CF, pode-se extrair a concepção de que a “última palavra sobre os direitos fundamentais

¹³⁰ Com relação ao tema, Cf. SHAPIRO, Martin M.; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, & Judicialization**. Oxford; New York : Oxford University Press, 2002.

¹³¹ Como expoente dessa teoria, Cf. COOTER, Robert D. **The Rule of State Law Versus the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the legal Foundations of Development**. In: World Bank Conference on Development Economics. Washington: DC World Bank, 25 de abril de 1996, p. 37.

¹³² Para compreender melhor esse argumento, Cf. GARAPON, Antoine. **O guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **Rights as trumps**. In: WALDRON, Jeremy. *Theory of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153.

¹³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 31.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Ibid., p. 37.

sempre pode ser dada pelo Judiciário”¹³⁷, “tem o Judiciário legitimidade democrática e capacidade técnica para se substituir ao Legislativo e ao Executivo?”¹³⁸

O excesso de temas exclusivamente constitucionais dispostos na Constituição Federal, trazendo regulamentação detalhada de “relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador”¹³⁹, pode ser denominado como hiperconstitucionalização ou constitucionalização do direito¹⁴⁰, o que fomentou os números que se tem com relação ao litígio constitucional:

Os dados são eloquentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos¹⁴¹.

Este crescimento resulta do excesso de temas regulados pela Constituição e da ineficiência do sistema recursal desprovido de uma ferramenta que pudesse auxiliar na autonomia de escolha dos casos pautados para julgamento e impor as decisões às demais esferas do Judiciário. Essa situação, enfatizada pela Constituição Federal de 1988 e atrelada à atuação judiciária, demonstra desequilíbrio no sistema de separação de poderes. Assim, é nesse sentido que se analisará a teoria de Oscar Vilhena Vieira, visto que:

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder Judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes¹⁴².

¹³⁷ VIEIRA, 2017, p. 38.

¹³⁸ VIEIRA, 2017, p. 38.

¹³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo. p. 441-464, jul-dez/ 2008. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>> Acesso em 12 de janeiro de 2018. p. 446.

¹⁴⁰ Para tanto, Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Edição do autor, 2004.

¹⁴¹ VIEIRA, 2008, p. 447.

¹⁴² Ibid., p. 444.

Vieira denomina esse movimento institucional de “Supremocracia” e explica que esse conceito possui duas interpretações: a primeira, com relação à autoridade do Supremo perante as outras instâncias do Judiciário. Adveio com a reforma do Judiciário, ocasionada devido à EC 45/2004, que trouxe o instituto das súmulas vinculantes, regulamentado posteriormente pela Lei 11.417/2006 – que regulamentou o art. 103-A, CF, modificando o ordenamento jurídico na busca da consolidação do “princípio da igualdade, evitando que uma mesma norma seja interpretada de formas distintas para situações fáticas idênticas, criando distorções inaceitáveis”¹⁴³.

Nesse desiderato, além de desafogar o Supremo, que estava abarrotado de processos, com relevantes efeitos processuais, entendeu-se que “sua finalidade é, não só, proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho do advogado e do tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes”¹⁴⁴.

Seu segundo sentido diz respeito à expansão da autoridade do Supremo com relação aos outros poderes. Sabe-se que a Constituição Federal inseriu a última instância judiciária para a posição central do arranjo político, o que, com o objetivo de salvaguardar a Carta Magna e as ferramentas oferecidas para tanto, trouxe o Supremo quase que para um papel moderador de “última palavra”, já que se pode mensurar a vasta gama de disciplinas que possuem natureza constitucional e não há empecilhos para que o poder constituinte reformador seja analisado e refutado. Isso gera a supremocracia:

(...) nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de “proteção de regras” constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de “criação de regras”; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder¹⁴⁵.

A criação de regras pertence ao escopo de trabalho do Legislativo, visto que eleitos por meio do sistema representativo para cuidar das demandas da sociedade, o que é exigido do controle democrático, especialmente se considerar-se que

¹⁴³ CAPEZ, Fernando. **Súmula vinculante**. Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>>. Acesso em 25 de janeiro de 2018.

¹⁴⁴ MONTORO, Andre Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

¹⁴⁵ VIEIRA, 2008, p. 446.

determinadas instituições são necessárias, mas, não necessariamente, auxiliam no encontro da democracia perfeita, pois “em todo país democrático existe uma defasagem substancial entre democracia ideal e democracia real. Este contraste nos coloca um desafio: podemos encontrar formas de tornar mais democráticos os países democráticos?”¹⁴⁶ Assim, analisa-se a defesa da necessidade do Supremo, considerando a insuficiência dos poderes inerentes ao sistema político brasileiro.

Cabe ressaltar que se o juiz utilizar outro critério de julgamento não limitado às regras, não significa que está agindo “discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores”¹⁴⁷. Entretanto, sabe-se também que as normas devem ser nítidas, pois, caso tenham que interpretar uma norma com ausência de clareza.

(...) estarão exercendo poder sobre outras pessoas, ou seja, estarão agindo politicamente, sem que tenham o devido lastro democrático para fazê-lo. Assim, a questão da interpretação do sentido dos direitos fundamentais não é apenas uma questão técnico-jurídica, mas também uma questão política e de separação de Poderes, ou seja, de determinação constitucional de quem é competente para dar a última palavra sobre os direitos fundamentais¹⁴⁸.

A concessão de amplos poderes de guardião constitucional, nas democracias contemporâneas, dividem-se em “três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância”¹⁴⁹. Como tribunal constitucional, o Supremo julga a constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e federais, bem como das emendas à Constituição que digam respeito às cláusulas pétreas, e, até mesmo, possui ferramentas como o mandado de injunção que permite a análise de omissões legislativas e executivas.

Ainda, com o art. 103 da CF, consolidou-se uma abertura do Supremo a diversos atores políticos que ocasionou uma forte atuação na revisão de decisões majoritárias, de modo que partidos políticos e governadores de Estado exercem atuação marcante e utilizam o instituto como arena política para defender seus interesses, atrelados à participação também das organizações da sociedade civil e grupos de interesse, o que fomentam ainda mais a discussão.

¹⁴⁶ DAHL, Robert A. **La Democracia: una guía para los ciudadanos**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1999. 246p. Título original: On Democracy. p. 40.

¹⁴⁷ VIEIRA, 2017, p. 42.

¹⁴⁸ Ibid., p. 44.

¹⁴⁹ VIEIRA, 2008, p. 447.

A pluralidade adquirida, portanto, gerou tanto o aumento da participação quanto do conflito, apimentados com as audiências públicas. Ainda, a atuação como foro especializado no julgamento criminal de autoridades – que diversas vezes exige a postura de juízo de primeira instância, retrocede suas responsabilidades primárias, e a sua função de julgamento de atos secundários dos outros poderes – que muitas vezes se relacionam com o próprio funcionamento dos mesmos, são entraves na sua atuação.

Como terceiro item, a imposição de um caráter revisional de última instância advém de um problema estrutural de valorização das decisões judiciais, ainda que nas instâncias inferiores, não só por parte dos cidadãos como também por parte dos próprios juízes. Nesse contexto, Marcos Paulo Veríssimo¹⁵⁰ analisa as decisões monocráticas e a consequente discricionariedade usufruída pelo Supremo na definição das decisões, o que está evidente no âmbito político e sua respectiva pauta:

Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativa de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal. A inclusão da arguição de repercussão geral, pela qual o Supremo poderá de iure, e não apenas de facto, exercer sua discricionariedade, barrando a subida de milhares de processos todos os anos, e da súmula vinculante, que reforça a sua autoridade, permitindo a imposição erga omnes de suas decisões, foi uma reação à enorme fragmentação de nosso sistema de controle de constitucionalidade¹⁵¹.

Essa análise perpassa sobre dois pontos: o fortalecimento da instituição e, conseqüentemente, do constitucionalismo inserido no Estado de Direito, e a ineficiência do sistema representativo no atendimento das demandas.

Nesse sentido, podem ser adotadas duas posturas institucionais distintas do Judiciário, quanto à determinação dos conteúdos das normas constitucionais e direitos fundamentais: a deferência ou a responsividade¹⁵². A deferência é uma postura de acatamento ou respeito *a priori* à vontade dos representantes da maioria, à decisão legislativa e a responsividade está associada à ideia de que o Judiciário deve se

¹⁵⁰ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e 'ativismo judicial à brasileira'**. Revista Direito GV, volume 4, número 2, jul.-dez. 2008. p. 13.

¹⁵¹ VIEIRA, 2008, p. 450.

¹⁵² VIEIRA, 2017, p. 44.

envolver nas respostas para efetivar os direitos fundamentais. Assim, pressupõe-se que:

Ao criar uma carta de direitos tão ampla e ambiciosa, ao estabelecer uma proteção tão forte sobre esta carta, por intermédio de cláusulas pétreas, e ao estabelecer que a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário, nenhuma lesão ou ameaça a direito, como o fez a Constituição de 1988, definiu que o Poder Judiciário no Brasil, em especial o STF, deve exercer de forma responsiva sua jurisdição sobre questões relacionadas à aplicação dos direitos fundamentais¹⁵³.

A responsividade decorre de uma decisão institucional e exige uma postura racional na tomada de decisões para que sejam definidos padrões, “elaborados pelos tribunais (...) por meio de seus precedentes (...) indispensável para que a sociedade possa estabilizar suas expectativas em relação ao comportamento do Judiciário”¹⁵⁴

Diante desse contexto, resta claro que a interpretação da Constituição traz dificuldades para além de divergências hermenêuticas advindas da sua aplicação, especialmente pois “referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático”¹⁵⁵.

Ainda, com mais aprofundamento, a interpretação e a aplicação específica dos direitos fundamentais por meio do Supremo, “embora devam se realizar predominantemente no campo da gramática jurídica, não escapam à forte tensão imposta pela disputa entre as demais racionalidades ou modelos de argumentação”¹⁵⁶, o que enseja a compreensão das modalidades de argumentação que acabam por articular com o jurídico, com diversas soluções para sanar problemas sociais concretos¹⁵⁷. Nesse diapasão, encontram-se os argumentos morais que possuem alto grau de subjetivismo, os argumentos instrumentais que pretendem justificar a aplicação de determinados meios, os argumentos dogmáticos que abordam as decisões como consequência das normas constitucionais.

O ideal, portanto, é se buscar o combate às imunidades de poder, e, conseqüentemente dos modelos de argumentação, por meio da “racionalização de

¹⁵³ VIEIRA, 2017, p. 46.

¹⁵⁴ Ibid., p. 47.

¹⁵⁵ VIEIRA, 2008, p. 457.

¹⁵⁶ POST, Robert. **Constitutional Domains**. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p.15.

¹⁵⁷ VIEIRA, 2017, p. 49.

sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões políticas inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional como a brasileira”¹⁵⁸.

Nesse sentido partindo do autor referencial Oscar Vilhena Vieira, pode-se refletir sobre a redistribuição das competências do Supremo para focar na jurisdição constitucional e enfatizar sua autoridade de modo a legitimar as demais instâncias, restringir as competências monocráticas para que seja aperfeiçoado o processo deliberativo e as decisões resultem de profunda discussão do colegiado da Corte, de modo a auferir integridade às decisões e fortalecer a autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Neste desiderato segundo Vieira, fortalece-se cada vez mais a imagem do STF como órgão judicial midiático em parte como consequência desse modelo de votação pública, uma vez que o sistema brasileiro segue um padrão agregativo e não propriamente deliberativo. Vale dizer: a decisão é produto da soma de votos individuais de ministros e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais e intermediários.

3.2 Conrado Hübner Mendes

Com o intuito de instigar o questionamento das premissas constitucionais consolidadas, é que o autor Conrado Hübner desenvolveu o debate sobre os agentes detentores da “última palavra” no contexto democrático e seu caráter ineficientemente provisório, pois, em determinado ambiente de ampla deliberação, relativiza-se a última palavra conforme varia a comunidade política.

É claro que em uma análise de curto prazo, a última palavra inserida em determinado arranjo constitucional e institucional existirá com a promoção de última instância decisória da qual não se pode recorrer, mas, ao longo do tempo:

Dependendo de cada constituição, haverá um nível decisório “último, porém provisório” (Legislativo ou judicial), além do qual não há recurso institucional adicional, exceto pelo reinício do processo, numa nova rodada procedimental. O foco no “último nível” é destacado pelas teorias da última palavra. A

¹⁵⁸ VIEIRA, 2008, p. 357.

percepção de uma inevitável e permanente circularidade, por outro lado, decorre de uma sensibilidade temporal mais sofisticada das teorias do diálogo. O prisma temporal insere um regime político numa perspectiva diacrônica e ajuda a enxergá-lo como um empreendimento infinito de longo prazo, não apenas um conjunto de “momentos decisórios” isolados do soberano¹⁵⁹.

Dessarte, as Constituições analisam trajetórias de vocalização institucional de projetos coletivos, de modo que, na busca da solução dos conflitos, impõe um encerramento quando a rodada procedimental inicia outro ciclo de discussão. Nesse sentido, promove o modelo deliberativo na busca de vincular os atores políticos em torno do ambiente democrático, que garanta a discussão pública sobre o tema e ocasione, conseqüentemente, a estabilidade institucional.

O autor analisa o desenho institucional e a separação de poderes para analisar os agentes que tomam as decisões e por quais motivos as conduzem, no contexto da democracia constitucional, de modo que a legitimidade democrática se afigure quando se limita o questionamento sobre as decisões referentes aos direitos:

Quem e como e quando e por que decide sobre direitos numa democracia constitucional? Esse direcionamento ajuda a estruturar a análise e estabelecer os termos pelos quais as diferentes respostas das teorias da última palavra, sejam elas inclinadas por parlamentos, sejam por cortes, ou das teorias do diálogo podem ser postos¹⁶⁰.

Essa moldura evoca o fato de que nas democracias constitucionais “a determinação de “quem” (parlamentos ou cortes) não basta, e tampouco é uma função do “que” (direitos ou políticas públicas), mas também uma função do “como”, “quando” e “por que”¹⁶¹, de modo a demonstrar a complexidade da rede na qual está englobada a pluralidade de soluções para as decisões, o que exige uma separação de poderes bem definida que não falhe com nenhuma dessas variáveis.

Mendes, portanto, segue a linha de raciocínio com a sua análise da primeira versão das denominadas “teorias da última palavra”, bem como a inclinação por juízes e cortes constitucionais, com diversos argumentos legitimadores desse discurso, de modo que abordou o modelo ideal de juiz e corte constitucional que “devem decidir

¹⁵⁹ MENDES, 2008, p. 44.

¹⁶⁰ Ibid., p. 46.

¹⁶¹ Idem.

por último sobre direitos pela conjugação de razões formais e substantivas de legitimidade e pela sua capacidade institucional de colocá-las em prática”¹⁶².

Ainda, apresenta oposição ao Legislativo, pois considera que a representação eleitoral incentiva a atuação insensível do parlamento às demandas do cidadão, pois “a regra de maioria promove, no máximo, a igualdade de impacto, um ideal insuficiente de igualdade”¹⁶³, de modo que apresenta, também, as “teorias da última palavra” inclinada por legisladores e parlamentos, que, por sua vez, defendem a representação eleitoral, a regra da maioria e o parlamento como legítimo para deliberar.

Considera que a Corte não é exemplo de razão pública, pois além de entender que o legislador não justifica suas decisões, pois essa seria tarefa típica do Judiciário¹⁶⁴, também não discute temas controvertidos quando deve atuar de maneira deliberativa. Assim, em contraponto com a chamada “racionalidade judicial” e a criatividade das cortes, que não protegem os direitos e tampouco devem possuir a exclusividade da análise constitucional, analisa se a última palavra deveria ser proferida pelo Parlamento.

Entretanto, diante desses dois pontos distintos de legitimidade da última palavra, as decisões no Estado Democrático podem alternar entre os poderes, de modo a banir a detenção da última palavra na busca da promoção da interação deliberativa sem a existência de sobreposições de poderes, mas sim uma atuação harmônica de regulação recíproca, como preceitua a separação dos poderes.

Assim, na mudança de direção sobre o poder que emite a última palavra, considera-se que estas são todas provisórias, visto que política e direito possuem continuidade no tempo não estando limitados a uma decisão por quem quer que tenha se manifestado. Nesse sentido:

De uma certa maneira, apontar para a provisoriedade das decisões chega a ser banal. No limite, é óbvio que a existência de leis, instituições, regimes políticos, vidas humanas, sociedades etc. é provisória, e que, nesse meio tempo, precisamos de decisões que regulem condutas, elaborem políticas e estabeleçam padrões de convivência. É fundamental, por isso, que instituições possam atender a essa demanda. A construção delas terá de recorrer, como sempre, a um balanceamento entre os diversos valores em

¹⁶² MENDES, 2008, p. 77.

¹⁶³ Para tanto, Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution**. Columbia: Harvard University Press, 1997.

¹⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, v. 115, 2006. p. 1382.

jogo, que permita a mudança sem, ao mesmo tempo, facilitá-la a ponto de comprometer um grau mínimo de estabilidade¹⁶⁵.

Buscando essa resolução, Conrado Hübner Mendes apresenta a teoria normativa do diálogo, especialmente entre os poderes Legislativo e Judiciário, visto que não concebe decisões definitivas, mas sim deliberações das Cortes que, com a abertura para o debate da população e, se necessário, a reformulação das decisões prolatadas, como deve funcionar a dinâmica do regime democrático¹⁶⁶.

Isto posto, propõe a solução mais adequada e justa para o contexto, fortalecendo a separação de poderes como equilíbrio de forças e impulso para a interação entre os entes, e são teorias que buscam “escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força”¹⁶⁷, como um meio-termo.

Considerando os excessos entre a suposta batalha entre juízes e legisladores, que poderiam aprofundar no tema de direitos fundamentais e democracia, o autor pretende analisar a conciliação de ambas as perspectivas: a provisoriedade das decisões e a continuidade da política, de modo que se consolide um denominado “diálogo permanente”.

Destaque-se, sobre a tese dos diálogos institucionais:

Dividem-se em duas categorias gerais. A primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador. Não se trata propriamente de um método de interpretação, mas de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo. É uma forma de compreensão normativa do seu papel. A segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes por “dialogar”. Nessa categoria, teorias são predominantemente empíricas, mas a fronteira entre argumentos positivos e normativos torna-se gradualmente nebulosa. Com frequência, proposições descritivas influenciam o próprio comportamento das instituições que participam do diálogo, o qual passa a ser uma razão invocada para a escolha decisória, como se verá no caso canadense.

O diálogo advém da conjugação de um desenho institucional, que incentiva a interação, e de uma cultura política e seu respectivo comportamento institucional. É desse modo que “o diálogo nos torna sensíveis ao fato de que na política, decisões

¹⁶⁵ MENDES, 2008, p. 181.

¹⁶⁶ MENDES, 2008, p. 157.

¹⁶⁷ Ibid., p. 98.

são provisórias, por mais custoso e demorado que seja revertê-las”¹⁶⁸, desde que adequado em suas condições e modelos, diante de determinados parâmetros normativos.

Mendes analisando a falibilidade, demonstra como:

A democracia pressupõe que indivíduos são igualmente competentes para governarem a si próprios. Não só cada indivíduo é senhor de si mesmo, mas a comunidade integrada por eles é também autônoma. Transpor o ideal do autogoverno individual para o coletivo exige uma mediação institucional, principal desafio desse regime¹⁶⁹.

De modo que, deve-se evitar o paternalismo político com o sufocamento da autonomia na participação das decisões, de forma que é necessária a responsabilidade pelos próprios atos. O diálogo decorre de arranjos constitucionais e últimas palavras provisórias, ocasionando a intervenção ou não das instituições em decisões. Essa “teoria”, portanto, apesar de inovar no âmbito trabalhado, precisa estar combinada com a última palavra de modo a lidar com a “provisoriedade da última palavra (...) a pergunta passa a ser: quem tem o direito de errar por último, ainda que provisoriamente? Ou, em termos mais diretos: quem tem direito à última palavra provisória?”¹⁷⁰.

Conrado Hübner Mendes se posiciona no sentido de considerar os argumentos abordados como complementares, de modo que Corte e Parlamento interajam horizontalmente na busca pelo “meio termo” entre visões que são claramente opostas mas podem se relacionar para solucionar decisões e promover a separação adequada dos poderes no Estado democrático, de maneira justa. Consta que o “diálogo, no longo prazo, é inevitável. Decisões são tomadas e problemas concretos resolvidos, mas os mesmos temas são reprocessados pela comunidade política”¹⁷¹, mas possui limitações institucionais definidas:

A oposição entre “última palavra” e “diálogo” suscita, ainda, outro prisma da relação entre história e instituições. Permite olhar para duas escalas temporais de um regime: a demanda imediata por uma decisão, e a sucessão de decisões ao longo do tempo (curto e longo prazos, para simplificar em duas categorias genéricas). Por meio da separação de poderes, ademais, pode-se notar essas duas escalas temporais não através de uma instituição

¹⁶⁸ MENDES, 2008, p. 157.

¹⁶⁹ MENDES, op. cit., p. 161.

¹⁷⁰ Ibid., p. 167.

¹⁷¹ Ibid., p. 169.

tomando, sozinha, decisões ao longo da história, mas de diferentes instituições interagindo (no caso desta tese, parlamentos e cortes)¹⁷².

Nesse sentido, analisa a separação de poderes inicialmente por meio da Carta Magna, pois não adianta serem estabelecidos limites apenas no papel, o controle tem que partir de dentro: “com o poder controlando o próprio poder”¹⁷³, concluindo que “ninguém tem a última palavra porque não há última palavra”¹⁷⁴.

Trabalha, portanto, com os conflitos institucionais na análise da operação das instituições e sua dinâmica inserida na separação de poderes, por meio de ativismo e autocontenção através de “um processo informal de acomodações contingentes ditadas pela política, não por uma cartilha de hermenêutica”¹⁷⁵. A Constituição pouco regula a referida separação de poderes, pois não “é possível prever constitucionalmente o momento em que uma, e não outra, gozará de maior legitimidade para tomar as grandes decisões”¹⁷⁶, já que as funções são cambiantes.

Não se pretende impor às instituições um sistema rígido de separação de poderes, mas sim proporcionar que o princípio regulador das variáveis permeie argumentos razoáveis, já que a última palavra tomará o lugar de uma maneira pragmática, baseada na separação como ferramenta que promove a circulação de instituições estatais e as práticas sociais¹⁷⁷, de modo que:

A representação, nesse sentido, nos ajudaria em dois aspectos: “de um ponto de vista teórico, ilumina o lugar e o papel do julgamento na política; de um ponto de vista fenomenológico, muda a perspectiva de tempo e espaço na política, um aspecto essencial da democracia mas ainda não suficientemente estudado”¹⁷⁸.

É inevitável, nesse contexto teórico, que em conformidade com Conrado Hübner Mendes, torna-se indispensável a presença do diálogo sem imensas exigências normativas, para fomentar essa interação de poderes que embasam as escolhas institucionais na busca de soluções provisórias e legítimas. Entretanto, esses modelos de diálogos são forjados por dois elementos principais: desenho institucional

¹⁷² MENDES, 2008, p. 172.

¹⁷³ Ibid., p. 175.

¹⁷⁴ PITKIN, Hanna. **Obligation and Consent**. The American Political Science Review, v. 60, n. 1, 1966. p. 52.

¹⁷⁵ MENDES, op. cit., p. 185.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ URBINATI, Nadia. **Representative Democracy**. University of Chicago Press, 2006. p. 223.

¹⁷⁸ Ibid., p. 225.

e cultura política, de modo que a interação entre os agentes ocorra em virtude de atitude política na operação desses procedimentos por meio da deliberação.

Diante desse ponto, com relação à judicialização da política, os autores John Ferejohn e Pasquale Pasqualino enfatizam a importância do papel dos juizes na democracia, pois ao exercerem o papel deliberativo “podem aperfeiçoar os poderes dos representantes eleitos ao prover um sistema mais flexível e inteligente para implementação e o aprimoramento da legislação e das determinações públicas”¹⁷⁹.

3.3. Vantagens e limitações do Poder Judiciário como arena política

A judicialização da política consiste na resolução pelo Poder Judiciário de conflitos sobre temas de conteúdo intrinsecamente políticos, que antes eram solucionados pelas instâncias representativas o que, por um lado visa a garantia do sistema democrático mas, que por outro, analisa-se criticamente até que ponto essa transferência de poder político para as instituições judiciais em detrimento das instâncias deliberativas é benéfico para a própria democracia, pois impõe entraves até mesmo entre a política e o funcionamento da justiça:

A judicialização da política significa, em primeiro lugar, uma maior presença da atividade judicial na vida política e social; em segundo lugar, nos fala que os conflitos políticos, sociais ou entre o Estado e a sociedade se resolvem cada vez mais nos tribunais; em terceiro lugar, é fruto do processo pelo qual diversos atores políticos ou sociais, vêm como vantagem recorrer aos tribunais com o fim de proteger ou promover os seus interesses. A utilização de estratégias jurídicas, de alguma forma, amplia o poder político dos juizes. Por último, a judicialização da política aponta, em certo modo, para uma tendência talvez crescente de que a legitimidade do sistema político vai ligado com a capacidade do Estado democrático moderno de cumprir com as suas promessas do Estado de direito, de proteger os direitos do cidadão, de garantir o princípio de dito processo e os mecanismos de rendição de contas dos governantes¹⁸⁰.

¹⁷⁹ FERREJOHN, John; PASQUALINO, Pasquale. **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas**. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Tradução Adauto Villela et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 45.

¹⁸⁰ DOMINGO, Pilar. **Estado de derecho. Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina: Ciudadanización-judicialización de la política**. Revista CIDOB d’Afers Internacionals: Fundació CIDOB, ISSN 1133-6595, n°s 85-86, mayo 2009, p. 37.

A judicialização possui como um de seus reflexos positivos na vida social, a busca pela consolidação do princípio democrático por meio da institucionalização do direito dentro da sociedade, de modo que passa a legitimá-lo em ambientes que antes eram inacessíveis¹⁸¹.

Nesse sentido, pode-se considerar que o controle da política pelo Judiciário visa preservar a democracia, assegurando a cidadania e a justiça distributiva, por meio da deliberação e intensa participação popular, de modo que se consolida como o poder mais preocupado em ofertar respostas e soluções para as demandas sociais.

Ainda, como possível avanço com relação ao sistema organizacional atual, essa judicialização na resolução de conflitos políticos pode estar suprindo lacuna que ocasiona a ausência de efetividade das instituições majoritárias, de modo que o Judiciário possa atuar promovendo canais de mobilização pública que atuem na deliberação, especialmente em virtude da incapacidade das instituições frente às novas e crescentes demandas sociais.

Essas lacunas podem advir tanto de uma ineficiência no atendimento da demanda, quando na posição dos poderes Legislativo e Executivo que, muitas vezes, delegam ao Judiciário a resolução de questões políticas para se manterem afastados da solução polêmica, já que tomar uma decisão e, conseqüentemente, se posicionar acerca de determinado assunto, implica em um elevado custo político. Assim, a omissão do Executivo com relação às políticas públicas e a negligência do Legislativo para regulamentar determinadas matérias de sua competência, ocasiona “a decepção com o funcionamento do regime representativo, nos marcos da sociedade civil supostamente frágil, conduzindo a tentativas de contornar a esfera política em busca da efetividade dos direitos¹⁸²”.

As deliberações atuantes nas decisões judiciais sobre as ações de natureza coletiva fomentam, também, a valorização e reafirmação dos valores cidadãos, pois fortalece o poder que está buscando atender às reivindicações perante uma sociedade de massas. Assim, possibilita o acesso ao Judiciário para garantir a tutela dos direitos fundamentais:

O texto constitucional representa um projeto de vida em comunidade que se divide em duas partes, as quais delineiam as principais funções de uma

¹⁸¹ VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 15.

¹⁸² ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. 1. Ed. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002. p. 130.

Constituição: a primeira consiste na declaração de direitos como limitação ao poder do Estado mediante um catálogo de direitos que ele não pode violar; a segunda reside na forma de governo que institui o poder político, conferindo aos órgãos ou conjunto de órgãos as três funções estatais, que a partir da doutrina de Montesquieu, se denominam Legislativo, Executivo e Judiciário.¹⁸³

Mas é evidente que, apesar de todos os pontos positivos, a judicialização possui claras limitações para que não se transforme em um poder ilimitado. Dentre elas, está a separação dos poderes, que visa evitar e eliminar qualquer abuso de poder das instituições, por meio do equilíbrio entre os três poderes. Cappelletti, por exemplo, até considera que a expansão do papel do Judiciário “representa o necessário contrapeso em um sistema democrático de *checks and balances*, levando em consideração a paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno”¹⁸⁴.

Ainda, como outra limitação, apresenta-se o fato de que os tribunais não podem ser utilizados para favorecer interesses de determinados grupos, e nem, tampouco para suprimir a vontade das demandas da maioria em detrimento de partidos de oposição para barrar determinadas alterações legislativas.

O Judiciário como instrumento de atendimento das reivindicações coletivas e individuais consiste em um aparato que promove grande transformação social, mas é preciso relativização dessa atuação inovadora, para que não seja meramente manipulada por grupos de interesse que visam a se manter no poder, e, conseqüentemente acabam por desequilibrar a relação dos três poderes – protegida por meio do princípio da separação.

Isto pois, a legitimidade e a independência que o Judiciário conquistou, atualmente significa ferramenta fundamental para a manutenção da democracia e a promoção da proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, deve-se observar que o Judiciário não pode se transformar no único meio capaz de analisar e atender às demandas sociais.

Deve, sim, ser consolidado como um meio que garante o acesso e a participação dos cidadãos às instâncias de poder, para que seja construído o debate público sobre os temas relevantes que estão em voga para a discussão e resolução, bem como promover a conciliação dos interesses que, eventualmente, apresentem determinada divergência no espaço político.

¹⁸³ BARBERIS, Mauro. **Ética para juristas**. 1. Ed., Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 127.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, 1999, p. 19.

3.4. Críticas à atuação do Poder Judiciário em questões políticas

Diante desse cenário, algumas críticas importantes podem ser realizadas com relação à atuação do Poder Judiciário. Primeiramente, cabe ressaltar que essa expansão não deve violar o sistema político, conforme já consolidado na Constituição Federal, como instituição que “assume um papel decisivo, na medida em que representa um relevante espaço público de participação democrática realizador da materialidade da constituição”¹⁸⁵, com o objetivo de fortalecer a sociedade mais justa.

Assim, deve ser mantido o equilíbrio do sistema político conforme a democracia constitucional, que protege a efetividade dos direitos dos cidadãos e impõe limitação dos poderes políticos para que seja garantida a soberania popular, de modo a promover a consolidação dos direitos fundamentais:

A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das majorias contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas precondições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático¹⁸⁶.

Considerando que a judicialização envolve dimensões procedimentais e substantivas do exercício das funções judiciais¹⁸⁷, é necessário, considerando a primeira dimensão, que o processo decisório consolide abertura ao diálogo com a sociedade, especialmente com relação às questões polêmicas, tendo em vista que o poder emana do povo, não dos juízes¹⁸⁸, de modo que estes não devem se transformar em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade

¹⁸⁵ VERBICARO, 2008, p. 389.

¹⁸⁶ YEPES, Rodrigo Uprimny. **La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riegos**. Sur, Rev.int. direitos human. São Paulo, vol. 4, n. 6, p. 52-59, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=es>. Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

¹⁸⁷ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Lua Nova Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 57, p.113-133, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2018.

¹⁸⁸ BARROSO, 2011, p. 34.

democrática de sua atuação¹⁸⁹, mas sim devem promover a ampliação e o fortalecimento do ambiente público que garanta a aplicação da ordem jurídica em direção ao desenvolvimento da democracia¹⁹⁰, para construção de melhores soluções com relação às questões sociais relevantes.

Por outro lado, com relação às dimensões substantivas, a inexistência de um padrão teórico como base racional que fomente o processo decisório acaba por abrir margem às deliberações subjetivas, pois “o juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se realizou por argumentos de princípio”¹⁹¹. O Judiciário deve atender às escolhas legislativas, havendo exceção em casos de violação de direitos fundamentais e deturpação da democracia, visto que “deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política”¹⁹².

Conseqüentemente, no atual contexto de judicialização da política, a instância máxima do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, assume o papel de ator institucional estratégico no sistema político, o que mexe diretamente na estrutura dos políticos, desde as políticas públicas até as regras que permeiam o regime democrático.

Ainda, a óptica axiológica com relação à Constituição Federal ocasiona o resultado do jogo político já definido anteriormente pelo direito, o que tornaria a Carta Magna um modelo puramente material, no qual “para tudo existe a previsão de um mandado ou uma proibição”¹⁹³.

Nesse sentido, “o governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, tem que se preocupar em não infringir a Constituição”¹⁹⁴, pois em um contexto de constitucionalização, é muito amplo o leque de movimentos que podem vir gerar a judicialização de uma contenda política. Assim, deve-se “fazer da

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

¹⁹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Entrevista à Revista Consultor Jurídico - Conjur. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 22 de fevereiro de 2018.

¹⁹² BARROSO, op. cit., p. 34.

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004, p. 30.

¹⁹⁴ CARVALHO, 2004, p. 115.

Constituição o melhor que ela pode ser”¹⁹⁵, considerando o pluralismo que permeia as democracias contemporâneas.

A possível crise dos poderes pode ser mitigada pela ampliação da participação democrática, desde que as medidas de diálogo institucional não limitem a atuação do Supremo, para que o modelo deliberativo promova a construção do consenso e a consequente continuidade do debate na resolução das demandas sociais.

Essa interação deliberativa auxilia na resolução do problema da supremacia parlamentar e judicial, por meio da consideração da participação da população no processo decisório de questões importantes sobre direito e política, reconhecendo os cidadãos como membros públicos e políticos em prol do interesse comum¹⁹⁶. Cabe ressaltar que o modelo deve considerar as desigualdades, tendo em vista que “as pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito”¹⁹⁷.

3.5. Capacidade institucional e efeitos sistêmicos

A postura ativa do juiz pode oferecer risco à capacidade institucional dos três poderes e sua separação, conforme já demonstrado no decorrer do presente trabalho. Isto pois, o modelo democrático brasileiro estabelece funções delimitadas a cada um dos poderes, que são independentes e autônomos.

A capacidade dos juízes na análise dos casos concretos demanda conhecimento específico e ocasionam efeitos sistêmicos, especialmente com relação às políticas públicas, ainda que não seja função do Poder Judiciário a promoção de reformas sociais, mas sim proteger os direitos fundamentais, observando as consequências imprevisíveis e indesejáveis advindas das decisões, de modo a ser

¹⁹⁵ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005, p. xii.

¹⁹⁶ O'FLYNN, Ian. **Deliberating About the Public Interest**. Res Publica, v. 16, n. 3, p. 299-315, 2010.

¹⁹⁷ SOUZA NETO, 2006, p. 253.

necessária a promoção de ferramentas que insiram a participação popular e aproximem a resolução da sociedade.

Deste modo, conforme preleciona Luís Roberto Barroso, “a doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos”¹⁹⁸, sendo que a capacidade institucional busca delimitar qual poder está habilitado a produzir a melhor decisão, e os efeitos sistêmicos significam os impactos que as decisões geram, de maneira imprevisível e nem sempre desejada¹⁹⁹.

As instâncias hegemônicas podem colocar a democracia em xeque, pois, se é função dos três poderes a interpretação da Constituição e seu comportamento guiado conforme os preceitos constitucionais, caso divergente o entendimento, o Judiciário pode se manifestar por meio da sua última palavra, o que não significa afirmar que qualquer matéria deva ser levada ao tribunal e decidida por juízes.

É nesse sentido que se estudam as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, objeto de estudo de Sunstein e Vemeulle²⁰⁰, de modo que a capacidade institucional deve ser entendida como a escolha do poder mais apto à decidir englobando o conhecimento técnico das condições teóricas e fáticas do caso, envolvendo um arcabouço complexo de informações, de modo que se podem analisar as manifestações do Legislativo e Executivo sob os preceitos da proporcionalidade e razoabilidade.

De outro lado, os efeitos sistêmicos como imprevisíveis e indesejados exigem deferência do Judiciário, pois, o juiz, via de regra, está apto à realizar a microjustiça²⁰¹, ou seja, no caso concreto, ainda que não possa avaliar as informações suficientes que explicam os resultados sociais advindos da decisão concreta, que podem variar desde os impactos em determinado âmbito econômico até à prestação de determinado serviço ou política pública.

O Poder Judiciário pode efetuar intervenções em quase todas as matérias, mas não necessariamente deve, considerando sua capacidade institucional e a decisão de autocontenção de maneira voluntária e espontânea, o que aperfeiçoa a

¹⁹⁸ BARROSO, 2009, p. 15.

¹⁹⁹ Ibid., p. 16.

²⁰⁰ Para tanto, Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. **Interpretation and institutions**. Public Law and Legal Theory Working Paper. n. 28, 2002.

²⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado 3:17, 2006. p. 34.

judicialização do ordenamento jurídico e suas discussões políticas, sob pena de se colocar em risco a legitimidade democrática, por meio da politização da justiça, advindos da incapacidade institucional para promover decisões na área:

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência²⁰².

O Poder Judiciário possui a função de garantir e assegurar o cumprimento da Constituição Federal, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos e os valores democráticos, de modo que a Corte Constitucional deve respeitar as escolhas “legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes”²⁰³, de modo a consolidar os princípios de “integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema”²⁰⁴.

Assim, deve-se cuidar com a expansão do Judiciário que, apesar de significar um importante remédio atualmente para sanar problemas de maneira instantânea, “não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”²⁰⁵.

Neste aspecto, o desempenho da atividade institucional, significa não só a possibilidade de concretização do sistema de eficácia de direitos fundamentais, por meio da promoção da legitimidade constitucional, como também o reconhecimento das instituições democráticas como responsáveis pelo plano normativo, de modo que sua discussão demonstra complexidade dinâmica que deve ser analisada diante das situações, visto que não se pode prever todas as demandas possíveis e imagináveis,

²⁰² BARROSO, 2009, p. 31.

²⁰³ Ibid., p. 31-32.

²⁰⁴ Ibid., p. 32.

²⁰⁵ BARROSO, 2009, p. 32.

e quais as capacidades que deverão possuir os juízes para decidir sobre o caso, os consequentes efeitos sistêmicos e seus reflexos em toda a sociedade.

Cabe ressaltar que o papel das instituições e da legitimidade de sua atuação deve levar em consideração, especialmente, a interação social-humano para promover o modelo democrático, que conta a partir do desempenho e comportamento original das instituições.

No Estado Democrático de Direito vigente atualmente no modelo brasileiro, deve-se conhecer as funções pertinentes ao papel desempenhado pelas instituições, conforme os preceitos constitucionais, de modo a pensar nas atribuições normativamente constituídas, atreladas ao dinamismo prático exercido cotidianamente pelas instituições, bem como suas consequências, estudados a partir da tese dos diálogos institucionais²⁰⁶.

Deste modo, os efeitos sistêmicos significam instrumento de legitimação da atividade das instituições e da configuração da via democrática no exercício de seu papel. Assim, a concepção moderna da separação dos poderes, que abandona a concepção tradicional promovida originalmente por Montesquieu, resta pertinente aos efeitos sistêmicos, pois é no núcleo das instituições que se observam as atividades dos três poderes e suas respectivas repercussões. Essa dinâmica institucional, portanto, deve ser observada de modo a considerar o rearranjo institucional:

(...) contrário do paradigma de rupturas institucionais ou profundas reformas, característicos destas práticas constitucionais, o conceito de mechanisms of democracy trabalha na lógica de rearranjo/rearquitetura institucional, por entender que o esforço em identificar mecanismos já existentes, ou tentar conceber novos mecanismos, em uma esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma saída democrática mais estratégica e eficaz do que a alcançada com alterações em arranjos de maior escala²⁰⁷.

Essa saída democrática e eficaz significa, ao contrário do que se sustenta nas teorias que visam o ideal utópico, o exercício de uma atividade institucional, que

²⁰⁶ Nesse sentido, Cf. HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. **The Charter dialogue between Courts and Legislatures: or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all**. Osgoode Law Review, Vol. 35, 1, 1997.

²⁰⁷ SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos. **Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional**. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 43, jul/dez 2013. P. 178. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/teorias_juridicas_contemporaneas.pdf> Acesso em 10 de março de 2018.

atenda ao modelo do *second-best democracy*²⁰⁸, visto que, não importa se está buscando a melhor opção, há que se pensar no que é mais viável e adequado, visto que o alcance de um ideal que nunca se alcança é menos eficaz do que o alcance da melhor opção no momento.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o estudo das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos ensejam o fortalecimento da teoria da autocontenção, visto que buscam a eficácia adequada desse ativismo judicial, que não podem ultrapassar determinados limites e nem sempre conseguiram obter a melhor resposta, tendo em vista esses dois conceitos, seja do conhecimento técnico e informações suficientes para efetuar um julgamento, seja por não poder mensurar os efeitos sistêmicos e o impacto que determinada decisão irá causar na sociedade.

²⁰⁸ Definição trazida por Cf. VERMEULE, Adrian. **The interaction of democratic mechanisms.** Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, no. 09-22, 2009.

4. A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

4.1. A posição de Jeremy Waldron

O protagonismo judicial tem significado importante no processo democrático ao tomar decisões que o legislador não quer, não pode ou não consegue tomar²⁰⁹, mas deve se observar a necessária autocontenção deste poder.

Esse movimento de retração demonstra intenso avanço nos países que possuem a consolidação democrática bem definida e estruturada, como nos Estados Unidos, que possui base no constitucionalismo popular, que promove diversas vertentes de contenção, seja pelo controle de constitucionalidade pelo Legislativo – ao contrário do *judicial review*²¹⁰, bem como a interpretação constitucional de todos os poderes²¹¹ e a defesa dessa interpretação ocorrer fora do ambiente do Poder Judiciário²¹².

Nesse sentido, para conter a interferência que exerce o Judiciário na esfera do Legislativo, milita-se pelo conceito de que, na dúvida, permanece a escolha legislativa²¹³ nos casos de inconstitucionalidade. Isto pois, a autocontenção se manifesta primeiramente por meio do objeto de controle e, posteriormente, no efeitos e resultados desse controle de constitucionalidade. Nos Estados Unidos, por exemplo, a fiscalização dos tribunais não abarca nem as emendas constitucionais²¹⁴ e nem questões políticas, devido aos limites de justiciabilidade²¹⁵.

Essa posição de retração defendida por Waldron em que o papel do Judiciário não engloba decidir sobre temas politicamente controvertidos, de forma a transformar a Corte em uma arena política, pois possui o dever de garantir a Constituição Federal e não arbitrar discussões políticas. Entretanto, o movimento de judicialização da

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41.

²¹⁰ Nesse sentido, Cf. WALDRON, 2006.

²¹¹ SAGER, Lawrence G. **Justice in the Plainclothes: a Theory of American Constitutional Practice**. Yale University Press. 2004.

²¹² Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Clarendon Press Publication, 1999.

²¹³ AMADO, Juan Antonio García. **Derechos y pretextos. Elementos de crítica ao neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 242.

²¹⁴ TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. V. 1, New York: Foundation Press, 2000. P. 103-106.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 324-329.

política trouxe alterações que concederam poder judicial para intervir nessas situações e fomentou a figura do juiz que se fundamenta em compreensões próprias nos casos controvertidos, o que ultrapassa claramente os limites de suas competências.

Esse equilíbrio indicado pela tese da “autolimitação”²¹⁶, invoca a moderação, mas não possui base legal e tampouco requisitos para estabelecer as situações nas quais deve ou não incidir.

Jeremy Waldron é um grande crítico do *judicial review*, bem como do ativismo judicial, teoria que se liga diretamente à democracia, considerando que a judicialização transforma as discussões populares extremamente técnicas e interpretativas, por meio de juízes, que não foram eleitos, mas são encarregados de garantir os preceitos constitucionais, o que ocasiona a interpretação dos direitos frente à leitura legislativa na elaboração das normas. Assim, defende que:

*O judicial review é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discutem sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos*²¹⁷.

Entretanto, com o aprofundamento dos seus estudos, passa a admitir que, em situações excepcionais, a revisão judicial pode ser desejável, ainda que sua base seja antidemocrática. Assim, a defesa da supremacia do parlamento é relativizada e condicionada, pois “seu alvo é o modelo forte de revisão judicial de matriz americana, que possibilita a um tribunal não eleito revogar uma lei e dispor de autoridade última na interpretação constitucional”²¹⁸ de modo que cria os institutos da situação típica ou patológica, sendo que “na primeira, a revisão judicial é ilegítima, indesejável e desnecessária. Na segunda, ela pode ser aceitável, desde que se demonstre que a

²¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128-137.

²¹⁷ WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição do Judicial Review**. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 98.

²¹⁸ MENDES, 2008, p. 79.

corde, em comparação à alternativa parlamentar, protegerá direitos de modo mais eficaz”²¹⁹.

Waldron discorda do papel do Judiciário na decisão de inconstitucionalidade das leis, mas considera suas reservas condicionadas, de modo que todos os aspectos devem estar presentes para que mantenha sua posição, quais sejam:

(1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a non-representative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights among the members of the society who are committed to the idea of rights²²⁰.

Ocorre que, a presença dos referidos requisitos indica um desenvolvimento democrático que ainda não foi alcançado pelo Brasil, que possui patologia especial²²¹, visto que, ainda que sua estrutura comporte alguns deles, demonstrados por meio das instituições e do sistema eleitoral, a crise de representatividade que assola o país ainda persiste de maneira intensa, de modo que se considera que o Legislativo não representa a população e não há preocupação com os direitos fundamentais, o que fomenta a sustentação da fragilidade de sua proposta teórica. Conrado Mendes critica essa posição:

É surpreendente, por exemplo, como a complexidade congressual passa ao largo do argumento de Waldron contra a revisão judicial. Para ele, o congresso é um conjunto de representantes que decide por maioria. Numa escala menor, corresponde ao povo tomando suas decisões em conjunto pelo procedimento mais igualitário possível. Sua teoria normativa é tão abstrata e rasa quanto isso. O resto – comitês, hierarquia partidária, poder de agenda etc. – parece ser mero detalhe. Seria produto de uma visão cínica sobre a pessoa do representante eleito. Não percebe que legisladores, mesmo bem-intencionados e virtuosamente orientados ao bem comum, estão imersos numa rede de constrangimentos institucionais incontornáveis pela virtude. Os problemas da representação eleitoral e da regra de maioria não desaparecem²²².

Entretanto, a crítica aborda uma estrutura na qual as instituições democráticas são consolidadas e conseguem oferecer a resolução dos problemas, com

²¹⁹ MENDES, 2008, p. 79.

²²⁰ WALDRON, 2006, p. 1360.

²²¹ Ibid., p. 1359.

²²² MENDES, op. cit., p. 75.

representatividade e garantia justa dos direitos dos cidadãos, contexto no qual, não faria sentido se falar em intervenção judicial. Esta, portanto, deve se restringir à proteção efetiva dos direitos fundamentais que fundamentam o processo democrático, de modo que sejam consolidados os valores sociais e institucionais, por meio da vontade da população, englobando a participação da minoria e o câmbio de poder²²³. Assim, a atuação judicial não é suficiente para efetivar a consolidação da democracia, podendo, inclusive, atrapalhar o seu desenvolvimento por meio do jogo político.

Dessarte, o autor defende a dignidade da legislação²²⁴, como ocorre nos países de sistema *commom law*, embasando intensa pesquisa no caso dos Estados Unidos e Inglaterra, de modo a concluir que, como não existe a legislação extensa e pesada do sistema da *civil law*, as decisões políticas não utilizam os princípios para fomentarem esse ambiente de “negociatas, trocas de favores, manobras de assistência mútua, intrigas por interesses e procedimentos eleitoreiros”²²⁵.

Os tribunais, portanto, corrigem as decisões políticas por meio do *judicial review*, objeto de suas críticas, fundamentado na teoria de Dworkin e o juiz Hércules, já explicitado em tópicos anteriores. Assim, reflete:

O pensamento parece ser que os tribunais com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter (...) Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “Estado de direito” evocam? Por que é esse o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto quanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos de conceito?²²⁶

O *judicial review* como tentativa de assegurar os preceitos constitucionais, portanto, pode se desvirtuar do seu caráter principal, por uma atuação equivocada da Corte. Assim, tem-se a importância dos princípios para proteger os direitos dos cidadãos, de modo que o Judiciário os utiliza contra decisões políticas, o que justifica o controle de constitucionalidade em conflito com a maximização da participação popular.

²²³ BARROSO, 2015, p. 447.

²²⁴ Para tanto, Cf. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação** (Tradução de Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²²⁵ Ibid., p. 02.

²²⁶ Ibid., p. 05.

A maximização da participação popular, defendida por Waldron, baseia-se no acordo moral pactuado nas sociedades plurais, que engloba diversas concepções sobre os direitos, a justiça social, as políticas públicas, assim por diante. Isto justifica a decisão ser tomada em igualdade de condições sociais e não apenas por um grupo específico pertencente à Corte. Afirma que:

Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou sobre o que estes direitos impõem, parece quase um insulto dizer que isto não é que se lhes permite resolver por meio de um procedimento majoritário, mas que deve ser atribuído para determinação final de um pequeno grupo de juízes. É particularmente insultante quando descobrem que juízes discordam entre si exatamente pelas mesmas linhas que cidadãos e representantes, e que juízes tomam suas decisões, também, por votação majoritária. Cidadãos podem sentir que, de desacordos nesses assuntos devem ser resolvidos pela contagem de cabeças, então são suas cabeças ou de seus representantes que deveriam ser contadas²²⁷.

Nesse sentido, o juiz não poderia exercer esse poder de decisão em último grau sobre todas as divergências entre direitos, de modo que o legislador que fora eleito democraticamente seria apto a fazê-lo. Assim, um problema na sua teoria é o fato de que ele parte do pressuposto que o legislador atua conforme interesse comum, de modo que “assim como a “decisão correta” defendida por Dworkin, só seria confirmado se existisse um legislador ideal. Todavia, as instituições reais possuem desvios, são falíveis, o que, de fato, dificulta a defesa de quem deveria ter a última palavra”²²⁸.

Considera as instituições falíveis e o desacordo sobre suas decisões frequentes a ponto de não haver um consenso, de modo que a revisão judicial deixa a desejar na proteção dos direitos fundamentais. Mesmo assim, Waldron defende que é possível enfrentar o problema da justiça, por meio da escolha de quem decide:

(...) aponta para a conquista moral que a regra da maioria representa (...) Para Waldron, a eventual existência de resposta certa para os dilemas morais é irrelevante para os fins de se pensar em instituições, uma vez que o desacordo moral em sociedades pluralistas resiste aos melhores argumentos. Do desacordo inexorável, resta apenas adotar um procedimento que dê a cada indivíduo o mesmo valor²²⁹.

²²⁷ WALDRON, 1999, p. 15.

²²⁸ MENDES, 2008, p. 08.

²²⁹ Ibid., p. 09.

O controle de constitucionalidade, assim, antes observado como consequência da supremacia constitucional, deve ser melhor analisado com profundidade em sua real fundamentação, bem como a sistemática imposta pela Constituição Federal ao conceder o papel desse controle para o Judiciário. Assim, compreendidos e equacionados os papéis do legislador e do juiz na proteção dos direitos fundamentais, podem ser analisados os limites do exercício dessa atribuição.

A autocontenção, portanto, busca restringir o espaço de atuação desse Judiciário, sem aprofundar no estudo das experiências democráticas que abre um leque de possibilidades de arranjos institucionais, fomentados pelo desenvolvimento do constitucionalismo e seu potencial de estabelecer critérios para o aprimoramento da aplicabilidade do direito no sistema de freios e contrapesos.

Resta essencial o estudo da hermenêutica no controle jurisdicional de constitucionalidade, especialmente pois, a interpretação deve garantir a integridade do sistema, independente da postura que tenha o Judiciário na democracia, para que sejam protegidos os preceitos constitucionais e os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Extrai-se, portanto, que Jeremy Waldron colabora, com o estudo das sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja disfuncional, de modo que as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo Legislativo, defendendo que não há acordo sobre a concepção de justiça, exatamente porque o desacordo moral é insolúvel. Assim, propõe uma teoria da democracia que reestabeleça a dignidade da legislação e seu valor moral, que requer a regra da maioria para consolidar um valor igualitário.

Nesse desiderato, inclusive traz à lume o estudo de John Stuart Mill²³⁰, na educação da opinião pública com relação à liberdade individual, que permite à democracia que fossem dispensadas restrições ao governo da maioria, ainda que a desarmonia no modelo populista persistisse, pois significa a negativa dos democratas à restrição da vontade popular quando lhe convém. Vontade popular que passou a possuir valor quando:

A vontade una e soberana do povo, que deveria resultar de um sistema representativo de índole e inspiração popular, se decompôs em nossos dias

²³⁰ WALDRON, Jeremy. **Rights and Majorities: Rousseau Revisited**. In Chapman, John W. e Wertheimer (orgs.). *Majorities and Minorities*. NOMOS XXXII. New York, New York University Press, 1990, p. 56.

na vontade antagônica e disputante de partidos e grupos de pressão. Na sociedade de massas abala-se de maneira violenta a acomodação dos interesses econômicos, políticos e sociais, cada vez menos os interesses globais do povo e cada vez mais interesses parcelados de grupos e classes conflitantes. Por isso mesmo tradutores de um antagonismo que vai se tornando irremediável, sujeitos a um equilíbrio precário e que jamais poderá ser adequadamente atendido pelas velhas estruturas do sistema representativo²³¹.

Waldron defende, para tanto, que a defesa de uma teoria moral não necessariamente exige o controle de constitucionalidade, os filósofos políticos devem questionar a normatização que ocasionará obstáculo ao debate político democrático, a filosofia política deve se atentar aos processos decisórios e o respeito à participação política que não apresente convergência com uma instituição que revise os direitos fundamentais no contexto de conflito e mudança social.

4.2. Tese dos diálogos institucionais

A dúvida sobre qual das instituições pode oferecer a melhor resposta decisória deve ser estabelecida de modo dialógico, por meio de um diálogo entre as partes envolvidas em todo o processo decisório para que continue sendo construído o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, fundamental analisar a separação dos poderes, de maneira breve e direcionada, como divisão entre o político – soberania popular e princípio majoritário, e o jurídico – *rule of law* e direitos fundamentais²³².

Assim, formulação do direito é resultado da vontade social, que não pode se desvincular da política e sua aplicação pretende a não colonização do jurídico pelo político²³³. É por isso que são propostos os diálogos institucionais, considerando a supremacia da Constituição, que a coloca em hierarquia superior diante das demais normas do sistema²³⁴, que devem, necessariamente, apresentar compatibilidade com os preceitos constitucionais²³⁵.

²³¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 233.

²³² BARROSO, 2013, p. 252.

²³³ Idem.

²³⁴ BARROSO, 2015, p. 299.

²³⁵ ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 279.

Desde Montesquieu e sua reformulação das formas de governo, pode-se observar desenvolvimento convergente para o movimento atual das instituições com funções múltiplas para sanar a complexidade das demandas da sociedade. Assim, “uma ‘nova separação de poderes’ está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias”²³⁶.

Portanto, a arquitetura institucional atual deixou de ser a mera aplicação da separação dos poderes, para se pensar em novas instâncias de poder, com seus limites especificamente definidos e suas competências exercidas com plenitude, sob pena de sofrer possíveis consequências caso seu funcionamento não seja adequado. Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes foi reformulado para:

(...) permanecer como princípio de organização ótima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão. Daí uma dimensão positiva, a par de uma dimensão negativa, de controle e limitação de poder. E, conseqüentemente, reconhece-se a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata²³⁷.

Assim, a prática dos diálogos institucionais demonstra que as decisões, de qualquer um dos poderes passam a ter caráter parcialmente definitivo, visto a possibilidade de sua revisão, bem como que cada um dos poderes possui determinadas características que podem auxiliar ou prejudicar a tomada de decisão, sendo necessário, portanto, o diálogo na resolução das demandas.

Esse movimento teve início juntamente ao constitucionalismo contemporâneo, cujo objetivo de proteção dos direitos fundamentais repensou o papel do Judiciário e a legitimidade das instituições democráticas na revisão por meio de suas interpretações, já que é necessária uma teoria na qual as instituições cooperem entre si e construam os fundamentos “ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática”²³⁸, para que as controvérsias utilizem o exercício dialógico na resolução dos conflitos.

²³⁶ ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. Revista de Direito Administrativo, v. 265, 2014. p. 15.

²³⁷ MIRANDA, 2004, p. 385.

²³⁸ HOGG; BUSHELL, 1997, p. 32.

Anote-se que esse complexo de reciprocidade é defendido por Cass R. Sunstein²³⁹ e Jeremy Waldron²⁴⁰ como um processo democrático convergente quanto aos ideais de justiça na sociedade plural, por meio do diálogo interinstitucional para sanar a problemática entre assegurar os direitos fundamentais e tomar as decisões democráticas²⁴¹. Assim, a participação das instituições em equilíbrio apropriado²⁴², traduz a responsabilidade de todas as instituições na salvaguarda dos direitos.

Os diálogos pretendem também questionar a sobreposição de qualquer poder sobre o outros e a já superada separação tradicional dos poderes utilizada para a formulação de um Estado Democrático²⁴³.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (...) adotou o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo poder emana do povo²⁴⁴.

As instituições, portanto, podem alcançar a deliberação que ofereça o melhor resultado para a sociedade, conforme os preceitos constitucionais, de modo que a interpretação constitucional pode ser exercida conforme essa reformulação de funcionamento entre os poderes, não mais tendo seu fim quando da decisão judicial, mas sim podendo receber contribuições do Legislativo e demais instituições.

Registre-se que, a tese dialógica é contrária à supremacia judicial, pois em decorrência do princípio contramajoritário²⁴⁵, bem como à supremacia legislativa, vislumbra a limitação de intérpretes. Preocupa-se tanto com a efetivação dos direitos quanto com o sistema, o aspecto conceitual²⁴⁶, de modo que possui limites à possível

²³⁹ SUNSTEIN; VERMEULE, 2002

²⁴⁰ WALDRON, Jeremy. **A right-based critique of constitutional rights**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

²⁴¹ DIXON, Rosalind. **Weak-form judicial review and the American exceptionalism**. Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series, n. 348, 2011.

²⁴² TREMBLAY, Luc. **The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, p. 617-6489, 2005.

²⁴³ BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. **Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review**. Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 11132.

²⁴⁴ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 17.

²⁴⁵ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

²⁴⁶ VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO, Flávia Martins de. **As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2018.

restrição que impõe ao processo democrático. Assim, como pode ser observado no caso francês:

Todavia, a concessão do governo revolucionário francês, no sentido de que a “vontade geral” do povo soberano pudesse ser revelada através dos representantes reunidos no Poder Legislativo, impede que se encontre nesse modelo uma concepção de constituição tal como hoje concebe o constitucionalismo. Ao contrário, no modelo francês pós-revolucionário, a “constituição” está totalmente absorvida pela ideia de soberania popular manifestada através da lei, onde o legislador, soberano, não é representado como um poder, mas como uma vontade originária. Ao invés de contrapesos, o que se impõe é a primazia do legislador, de modo que não é possível sustentar um modelo claro de separação de poderes, ainda que este estivesse expressamente presente na constituição francesa pós-revolucionária (...) Através do princípio da legalidade, o “legislador soberano” mantém sob seu controle o Poder Executivo²⁴⁷.

É exatamente por esse motivo que a referida teoria reavalia a legitimidade do controle de constitucionalidade sob a fiscalização do Judiciário. Isto pois, se o Legislativo se encontra em melhor posicionamento na decisão de determinada demanda, a Corte pode solicitar manifestação legislativa ou assumir posição deferente perante a lei, o que não significa abrir mão da fiscalização, mas sim que o Legislativo pode propor soluções para sanar a violação constitucional.

Essa postura dialógica como uma mudança de racionalidade na postura do Tribunal, já foi defendida e utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em determinadas situações²⁴⁸.

Diante desse cenário, Mendes defende que a fiscalização de constitucionalidade significa mais um veto proveniente da gama de faculdades expostas pela separação de poderes²⁴⁹, de maneira que essa construção institucional demonstra importante avanço na definição de funções de cada poder, que não mais conseguem ser respondidas pela separação clássica trazida por Montesquieu. Embora, essa fiscalização pode ser considerada um trunfo contra políticas majoritárias inadequadas²⁵⁰.

²⁴⁷ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2014**. Consultor Jurídico, 31 dez. 2014. Disponível em < <https://www.conjur.org/> > Acesso em 01 de março de 2018.

²⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a. p. 132.

²⁵⁰ Nesse sentido, Cf. DWORKIN, 1984.

Isto pois, a explicação para esse controle, não pode ser extraída apenas da tese dos diálogos institucionais, já que a mera abertura a um diálogo com o Legislativo não soluciona as controvérsias contramajoritárias. Ainda, para a tese dialógica, a palavra final não cabe aos tribunais, exatamente devido ao monopólio sem diálogo com o Legislativo, que não teria os meios efetivos para afirmar sua interpretação²⁵¹. Assim, as decisões judiciais podem se equivocar perante políticas, de modo a, até mesmo, assumir o controle da agenda legislativa²⁵².

Observe-se que, o arranjo institucional de cada país é relevante para determinar o controle de constitucionalidade, pois “the idea that there should be dialogue between courts and legislatures with respect to the treatment of rights seems to be gaining ground”²⁵³ e devem ser preservados os diversos dispositivos que possam provocar os poderes na busca de uma solução institucional e evitam os monopólios, promovendo o desenvolvimento democrático.

A tese de diálogos institucionais, portanto, busca não apenas os aspectos interpretativos, mas sim a função institucional de fiscalização constitucional, de modo que, ainda que as Cortes possuam vantagem para debater sobre questões de valores²⁵⁴, os conhecimentos de diferentes fontes, poderiam amenizar a dificuldade contramajoritária, considerando participação decisória conjunta. Deste modo, a democracia fundamenta-se na:

(...) determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a auto codificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento público²⁵⁵.

Essa dificuldade contramajoritária traz à tona o conceito democrático de representação no qual o poder é exercido mediante anuência do governo, de modo que Alexander Bickel defende que, na diferença dos interesses imediatos e estáveis

²⁵¹ MANFREDI, Christopher; KELLY, James B. **Six Degrees of Dialogue: a response to Hogg and Bushell**. Osgoode Hall Law Journal, v. 37, 1999. p. 523

²⁵² MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. **The Charter Revolution and the Court Party**. Peterborough: Broadview Press, 2000. p. 157.

²⁵³ ROACH, Kent. **Dialogic Judicial Review and its Critics**. Supreme Court Law Review, v. 23, 2004. p. 50.

²⁵⁴ Assim, Cf. FALLON, Richard. **Implementing the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

²⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 57.

reside a justificativa tão buscada para o controle de constitucionalidade, pois a sociedade precisa de muito além das necessidades imediatas “para apoiar e manter os valores gerais duradouros”²⁵⁶.

O autor compreendia a política como a projeção da maioria, de modo que o Judiciário denunciava o contramajoritarismo, desequilibrando o sistema, ainda mais quando se utiliza dos princípios refletidos nos valores individuais, de modo que, para Bickel, defendia uma virtude passiva que o Judiciário deveria seguir, que englobava a rejeição de exercer amplamente a jurisdição que o arranjo constitucional teria concedido²⁵⁷.

Dessa forma, a atuação se justificaria pela proteção dos princípios fundamentais mediante a aceitação popular das decisões, por meio das virtudes passivas, “técnicas doutrinárias que a permitem postergar a apreciação de questões problemáticas até que a sociedade tenha tido tempo para lidar com elas”²⁵⁸. A Corte deveria, também, conduzir os anseios dos indivíduos para que maximizasse cada potencial, como se fosse uma educadora em um “seminário nacional vital”²⁵⁹.

Ademais, Bickel²⁶⁰ considera que a Corte constitucional possui as seguintes alternativas: revoga uma lei por inconstitucionalidade; valida e legitima a lei através da constitucionalidade, decide não decidir. Ainda, propõe técnicas de não decidir, visto que a Corte não precisa legitimar o que não considera inconstitucional, de modo que, desta forma, estimula o diálogo com os outros poderes e a construção da agenda pública sobre os temas mais diversos, o que não é fornecido pela mera interpretação, considerando que a última palavra é uma questão de grau²⁶¹.

Ainda, pode-se considerar a teoria das virtudes ativas de Katyal²⁶², que favorecem o diálogo por meio da exposição dos conselhos de alternativas de soluções do Judiciário, já que são tomadas decisões estreitas, nas quais se adiciona amplitude e conferem flexibilidade ao legislador os possíveis caminhos.

Tem-se também Cass Sustein com sua tese do minimalismo das decisões judiciais na busca por uma técnica que facilitaria o consenso decisório, para promover um modelo equilibrado e democrático norte da atuação da Corte.

²⁵⁶ BICKEL, 1986, p. 27.

²⁵⁷ Ibid., p. 113.

²⁵⁸ Ibid., p. 111.

²⁵⁹ Ibid., p. 37.

²⁶⁰ MENDES, 2008, p. 111-117.

²⁶¹ Ibid., p. 117.

²⁶² Ibid., p. 125-126.

Sua tese se caracteriza como limitação judicial, pois deixa determinadas questões fundamentais sem decisão, por meio da justificativa do resultado por meio de fundamentos específicos, de modo que, “first, it is likely to reduce the burdens of judicial decision. Second, and more fundamentally, minimalism is likely to make judicial errors less frequent and less damaging”²⁶³. Assim, as decisões são pensadas a partir da largura, número de casos atingidos, e da profundidade, grau de abstração alcançado. Devem ser utilizadas nos casos que promovam a:

(...) democracia, não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas também e, mais fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis²⁶⁴.

Entretanto, cabe ressaltar que Sunstein esclarece que “a defesa do minimalismo não é separável de uma avaliação das controvérsias substantivas subjacentes”²⁶⁵.

4.3. Judiciário entre intervenção, deferência e responsividade

A valorização da efetividade dos direitos constitucionais fomenta a superação de uma baixa concretização, mas não justifica a valorização da atuação judicial de maneira a constar como intervenção, conforme já analisado. Assim, concebe-se ao Poder Judiciário inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, transcendendo suas funções, de modo intervencionista, procurando agir em diversas frentes de consolidação dos direitos fundamentais.

É evidente que não se pode pretender que o Judiciário passe a ditar políticas públicas lato sensu ou que passe a exercer funções executivas e nem a Constituição - com todo o aparato jurídico posto à disposição do Ministério Público e do Judiciário - permitiria tal situação. Basicamente, a mudança de postura dos operadores jurídicos, agindo em várias áreas de políticas públicas deixadas ao largo pelo Poder Executivo, já por si só provoca (ria) discussões que leva(ria)m os Poderes Legislativo e Executivo

²⁶³ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Havard University Press, 1999. p. 04.

²⁶⁴ Ibid., p. 05.

²⁶⁵ MENDES, 2008, p. 122.

à reformulação de suas linhas de atuação, mormente no que concerne às prioridades orçamentárias. Ou seja, nessa linha, passa(ria) a ser utilizado não como instrumento de redução de complexidades ou reprodução de uma dada realidade, e sim, como um mecanismo de transformação da sociedade²⁶⁶.

Isto pois, a crise de representatividade legislativa não possibilita o descumprimento da estrutura normativa, nem mesmo em prol de “um sistema jurídico funcional, estável e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito”²⁶⁷ e muito menos a inércia legislativa pois sua função já for suprida. Nesse sentido, sabe-se que as regras consolidadas devem ser cumpridas.

(...) geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem o risco de erro na sua incidência, já que não dependem tanto da valoração do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é²⁶⁸.

Contudo, se o Judiciário pode atuar em meio à omissão legislativa, por diversos motivos, sejam interesses políticos ou problemas estruturais²⁶⁹, devendo agir conforme o regular e legítimo sistema de controle de constitucionalidade.

Cabe ressaltar que, considerando as opiniões contrárias, como é o caso do Reino Unido e Holanda, que adotaram o controle de constitucionalidade fraco, “a jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia. Há suficientes provas históricas de que um Estado democrático pode dispensar o controle de constitucionalidade”²⁷⁰.

Entretanto, se não respeitados os limites de atuação, coloca-se em risco o próprio modelo democrático e seu desenvolvimento por meio de avanços ocasionados por decisões com participação popular, bem como o ideal de

²⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade**. In: (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 140.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 142.

²⁶⁹ MENDES, 2008, p. 229.

²⁷⁰ GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia**. *Revista de Direito do Estado*, 2006, p.9. Neste particular importante referir-se ao artigo de PEREIRA, A. L.P. **Política e jurisdição: alterações recentes nos modelos constitucionais inglês, belga e francês**. *Universatus Jus*, v. 26, 2015, p. 91-101.

representação como autogoverno²⁷¹. Assim, sabe-se que na democracia, o poder político:

Se organiza de tal forma que seu exercício se constitui, se legitima e se controla pelo povo, em suma pelos cidadãos, e se apresenta nesta forma como autodeterminação e autogoverno do povo, no qual todos os cidadãos podem participar em condições de igualdade²⁷².

Assim, a Corte é ambiente de construção das decisões políticas, por meio do diálogo, especialmente na atualidade, período de amadurecimento institucional que enfrenta a fragilidade do sistema representativo, conforme já observado na posição de Jeremy Waldron.

Destarte, a Constituição possui a função de condensar os valores políticos da sociedade, bem como os consensos sobre as instituições e respectivos direitos fundamentais, e disciplinar o processo político democrático, por decisão da maioria com a participação da minoria e alternância no poder²⁷³. Consequentemente, a Corte Constitucional possui o objetivo de resguardar essas funções, de modo a proteger os direitos fundamentais e o sistema democrático.

Se a democracia é valiosa, é valioso protegê-la de si mesma; e que o ideal que faz valioso o procedimento democrático – a participação em pé de igualdade na tomada de decisões – permaneceria desfigurado sem a satisfação prévia de certas condições (um processo de deliberação e conformação das vontades autenticamente aberto a todos sobre bases equitativas). E disto se seguiria que o valor da democracia justifica sua constitucionalização²⁷⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, Oscar Vilhena Vieira analisa as duas posturas institucionais consideradas essenciais “que pautam a conduta de distintos magistrados e cortes ao redor do mundo democrático, que têm sob sua responsabilidade interpretar cláusulas abertas da Constituição, como bem comum,

²⁷¹ SARMENTO, 2009, p. 143.

²⁷² BOCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 53.

²⁷³ BARROSO, 2015, p. 89.

²⁷⁴ BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, Democracia y Constitución**. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vo>> Acesso em 10 de janeiro de 2018. p. 225.

dignidade, interesse público ou mesmo liberdade”²⁷⁵, quais sejam a deferência e a responsividade.

Dessa forma, se os direitos fundamentais e o sistema democrático estão seguros, os juízes devem acatar as escolhas legislativas ou administrativas, agindo com deferência, ou seja, essa postura institucional na qual o Judiciário respeita as decisões dos outros poderes, com base no ordenamento jurídico que estabelece prioridade aos eleitos, no que diz respeito ao governo da sociedade. Nesse sentido:

A postura deferente é aquela que mais se concilia com uma democracia de caráter majoritário, na qual o grau de confiança do cidadão no seu representante é bastante grande. Não se deve confundir deferência com sua forma degenerada, que é a omissão, que decorre²⁷⁶ e da simples falta de autonomia das instituições jurídicas em face do poder.

Com relação à deferência perante o Legislativo talvez seja mais fácil visualizar as situações, portanto aborda-se aqui sobre a deferência perante o Executivo, de modo que o Judiciário deve intervir se a Administração tiver atuado de maneira inadequada, conforme pode-se extrair do Caso Chevron USA Inc. Vs. National Resources Defense Council Inc.²⁷⁷, jurisprudência norte-americana, cujo precedente de 1984 estabeleceu que, em caso de ambiguidade ou delegação legislativa para a agência, o Judiciário deveria intervir quando a agência reguladora tivesse atuado de maneira irrazoável.

O Judiciário brasileiro deve seguir os preceitos do Estado Democrático de Direito e atuar com deferência, abstendo-se de formular decisões sobre as quais não possui competência ou alçada, bem como atuar de maneira adequada quando puder formular tais decisões.

Isto pois, nota-se que, atualmente, há pouca deferência ao Legislativo, especialmente pelos motivos já citados quando se abordou a expansão da judicialização da política, com base em problemas como o reconhecimento da legitimidade da atuação judicial, a busca efetiva da concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, deve-se alertar para o fato de que o próprio Judiciário

²⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Ativismo judicial?** São Paulo: Folha de São Paulo - 18/03/2017a. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/03/1867655-ativismo-judicial.shtml?loggedpaywall>> Acesso em 10 de março de 2018.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Informação disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>> Acesso em 02 de março de 2018.

pode, inclusive, “atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros Poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais”²⁷⁸.

Além da deferência, tem-se a responsividade como a “ideia de que o Judiciário deve estar envolvido, ainda que subsidiariamente, na tarefa de responder às promessas criadas pela Constituição ou pela legislação”²⁷⁹, postura usual nas democracias consensuais, ou seja, aquele modelo que, conforme Arend Lijphart²⁸⁰, significa o poder compartilhado, dispersado e limitado que se caracteriza pela abrangência, negociação e concessão.

Assim, a responsividade se liga à promessa de garantia e consolidação dos direitos fundamentais atendidos e efetivados, de modo que decorre de decisão institucional e exige postura racional na tomada de decisões, de forma que os padrões estabelecidos pelo Judiciário possam estabilizar as expectativas sociais. Sobre a racionalidade das decisões, cabe ressaltar que:

O essencial racional de uma decisão pertence a um território em que as regras jamais abandonam o seu agente, no qual, de fato, a Moral não há como silenciar. A decisão permanece em um mundo de direitos e deveres em que a consciência racional pode trazer determinado consolo tanto quanto pode sobrecarregar de remorsos. O sujeito que decide, com intenção de preservar e observar a razão, o faz dominando os raciocínios e orientando-os para uma outra ação final, vive assim em um ritmo circular e tomado por uma ambígua subjetividade. Este é um jogo com regras de muitos níveis, as regras para processo deliberativo, as regras que orientam os conteúdos da decisão e talvez outras regras, um pouco mais difíceis por sua obscuridade e impregnadas de dúvidas e preferências, sendo, assim, mais incertas²⁸¹.

É evidente que, se o Legislativo ou o Executivo não consolidam os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna, o Judiciário deve atuar e não pode ser compreendido como ativismo judicial, que só ocorre se o juiz não aplica a Constituição Federal em virtude de concepções pessoais, risco alertado por Eros Roberto Grau, quando o juiz “se acha no direito de dizer “essa lei não é razoável”. O que prevalece

²⁷⁸ SARMENTO, 2009, p. 135.

²⁷⁹ VIEIRA, 2017, p. 02.

²⁸⁰ Para tanto, Cf. LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países** (Trad. Roberto Franco). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

²⁸¹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf > Acesso em 02 de março de 2018. p. 6106.

é a opinião dele, e não a lei. Habermas disse que o grande risco é você ter uma Corte que decida segundo valores, porque valores são preferências”²⁸².

Torna-se solar que, apesar de ser reconhecido como última instância decisória para pronunciar a palavra final sobre a interpretação constitucional no caso concreto, não reduz ou limita o debate em torno da questão, de modo que a jurisdição constitucional deve garantir a participação do povo. Cabe ressaltar, neste sentido:

Ao confundir responsividade com ativismo, os críticos parecem querer que os magistrados substituam os padrões normativos a que estão submetidos por uma racionalidade econômica, que entendem ser a mais eficiente. Ocorre que nem sempre o correto juridicamente coincide com o que alguns consideram economicamente mais eficiente²⁸³.

Como adendo ao trecho acima extraído, cabe ressaltar que o conceito economicamente mais eficiente se infere da relação entre normas e condutas aplicando a teoria de preços e escolhas racionais, defendido por Gary Becker²⁸⁴.

Resta claro que atualmente a sociedade vivencia uma estagnação ou, até mesmo, regressão constitucional, de modo que os indivíduos que não concordam com as mudanças ou até mesmo impõem barreiras às mesmas, acabam por criticá-las com resistência, contexto no qual até mesmo o ativismo e a judicialização da política estão inseridos.

4.4. O procedimentalismo e o reforço da representação

Diante das discussões sobre o controle de constitucionalidade, bem como o conseqüente debate sobre a interpretação constitucional, John Hart Ely defende que esse controle deve abrir os caminhos para os procedimentos. Deste modo, elabora uma teoria relativa às disposições abertas da constituição que “reserva à revisão

²⁸² GRAU, Eros Roberto. **O Supremo de hoje é produto de nossa história**. Le monde diplomatique Brasil, São Paulo, ano 4, n. 41, p. 14-15, dez. 2010. Entrevista a Silvio Caccia Bava. p. 14.

²⁸³ VIEIRA, 2017a, p. 03.

²⁸⁴ BECKER, Gary S. **A Treatise on the Family**. Enlarged edition, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991. p. 15.

judicial os problemas de participação e veda o controle de mérito substantivo da opção política atacada”²⁸⁵.

Portanto, defende o controle de constitucionalidade inserido na democracia representativa, que possui como características:

A soberania popular, o sufrágio universal, a observância constitucional, o princípio da separação dos poderes, a igualdade de todos perante a lei, a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social, a representação como base das instituições políticas, limitação de prerrogativas dos governantes, Estado de Direito, temporariedade dos mandatos eletivos, direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem²⁸⁶.

Nesse contexto, Ely argumenta contra a falta de legitimidade dos juízes, especialmente em casos de extrapolar a própria norma, apontando os riscos dessa prática na tentativa de conciliar suas posições aos ideais da democracia representativa²⁸⁷.

Destarte, apresenta crítica com relação aos interpretacionistas, submetidos à vontade do constituinte originário no seu cumprimento estrito das normas e suas dificuldades na aplicação dos princípios fundamentais, e aos não interpretacionistas que estipulam valores substanciais que permitem a atuação dos tribunais de maneira legislativa, ignorando a vontade do povo.

Isto pois, qualquer postura interpretativa não justifica que o Judiciário seja mais capaz que o Legislativo. Ainda mais no atual contexto de ingerência nas esferas e quase que uma ausência de controle desse poder.

Para Ely, a Corte norte-americana atingiu qualidade por embasar seus fundamentos na garantia das visões no processo de elaboração das leis e que as minorias entendessem a possível negativa, uma vez que propugna o procedimentalismo aplicado ao controle de constitucionalidade. Isto ocorreu com o advento da Corte de Warren, a primeira a atuar no processo democrático de forma adequada, pois assegurou os:

(...) direitos dos acusados, a liberdade de expressão e de associação política, combateu as restrições ao sufrágio (...) defendeu o trato igual para os

²⁸⁵ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980. p. 215.

²⁸⁶ BONAVIDES, 2006, p. 294.

²⁸⁷ ELY, op. cit., p. 22.

desiguais da sociedade, em especial as minorias raciais, os estrangeiros ilegais e os pobres²⁸⁸.

Nesta perspectiva, os referidos valores participativos estruturam a democracia participativa e os tribunais, como estariam aquém do processo político, possuiriam condições para proteger tais valores²⁸⁹.

Por conseguinte, se o Legislativo não se fundamenta nas raízes democráticas, esta deve ser reforçada e não sobrepor o Judiciário, na concepção de que seria mais capaz para atender aos anseios sociais:

Apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia²⁹⁰.

A Constituição, segundo Ely, deve garantir que seja possível a adequada participação, sob os critérios de igualdade no processo decisório, de modo que a separação dos poderes tome conta da garantia de bom funcionamento desses meios. É por esse motivo que a atuação neutra do juiz é basilar e o controle abstrato das normas consolida a proteção do monopólio da vontade da maioria.

Diante deste cenário, o autor defende o procedimentalismo como forma de evitar a concorrência dos poderes, visto que a função da Corte é a proteção dos direitos fundamentais, e em especial os direitos das minorias. Assim, a Carta Magna deve determinar os procedimentos políticos que podem ser utilizados pelos cidadãos no exercício da sua autodeterminação, de modo que objetivem o fomento de uma vida digna e com condições propícias, de maneira colaborativa.

Ressalte-se que, a democracia como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”²⁹¹, possui fundamento na ampliação da democracia, para além do ambiente político²⁹², que deve ser preenchido também pela sociedade “que

²⁸⁸ ELY, 1980, p. 69.

²⁸⁹ Ibid., p. 75.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 18.

²⁹² CANOTILHO, 1999, p. 421.

aceita o desenvolvimento do cidadão, proporcionando sua participação no processo político em condições de igualdade”²⁹³.

Essa democratização ocorre pela cidadania, que manifesta o vínculo do indivíduo com o Estado como “um círculo de capacidade conferido pelo Estado aos cidadãos”²⁹⁴, exercida por meio da participação popular:

A cidadania, definida pelos princípios da democracia, constitui-se na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos) significando necessariamente conquista e consolidação social e política²⁹⁵.

Considera-se a mudança da cidadania quando a representação popular não engloba apenas o voto, mas sim mecanismos diretos de participação, pela “formação da vontade política de ‘baixo para cima’, num processo de estrutura de decisões com a participação de todos os cidadãos”²⁹⁶. Assim, a Constituição não pode significar apenas uma ordem regulatória do Estado e dos indivíduos, mas sim uma ordem jurídica universal.

Nesse enquadramento de democracia representativa, Ely defende o controle de constitucionalidade com o referido caráter procedimental, que valorize os mecanismos decisórios democráticos e permita a participação das minorias, de modo que não aceite o modelo decisório substantivo que confrontem escolhas do Legislativo, cujos representantes foram legitimamente eleitos.

E assim, milita contra as cláusulas constitucionais abertas, pois as decisões com base nos valores ditos sociais abrem margem à imposição dos valores dos juízes. É por isso que recebe a crítica de Dworkin quando aborda sua controvérsia ao rejeitar a análise substantiva dos juízes, esquecendo que o processo democrático requer esse posicionamento sobre a própria democracia²⁹⁷.

Criticada também por Vieira²⁹⁸, pois ignora a desconsideração do compromisso ético das democracias representativas e promovem mecanismo de

²⁹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Participação Democrática: Audiências Públicas**. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (orgs.) Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 331.

²⁹⁴ BONAVIDES, 2006, p. 77.

²⁹⁵ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 40.

²⁹⁶ CANOTILHO, 1999, p. 413.

²⁹⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁹⁸ Para tanto, Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

perpetuação das elites no poder, já que no sistema representativo atual não se evoluiu para um patamar de igualdade de participação política como elemento distintivo para esse controle. A busca pela participação das minorias, bem como o combate à respectiva discriminação embasa que:

Não devemos deixar que os 'incluídos' decidam quem deve ficar de fora - portanto é obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se negue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo [...], ele seja bastante convincente²⁹⁹.

Por conseguinte, o procedimentalismo possui foco na legitimidade do controle de constitucionalidade, considerando a análise dos juízes das normas controvertidas no processo. Deste modo, “para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo”³⁰⁰.

A Corte, portanto, deve se certificar de que o processo Legislativo garantiu a relevância de todos os pontos de vista e se as minorias foram restringidas, de modo a proteger a autonomia dos cidadãos e assegurar a eficácia do processo democrático, que, por meio do seu caráter inclusivo, proporcione uma sociedade livre e organizada.

²⁹⁹ ELY, 1980, p. 160.

³⁰⁰ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Revista Sequência, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

5. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AUTOCONTENÇÃO: DOIS JULGADOS PARADIGMÁTICOS E SUA ANÁLISE.

5.1. O impeachment de Dilma: Estudo de caso

O presente estudo tem por objeto a análise de caso do *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, e da ADPF 378, com o propósito de adequar dentre os institutos jurídicos apontados, de forma a classificar satisfatoriamente mediante a identificação e o cotejo dos elementos constitutivos fundamentais do paradigmático caso e a legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950.³⁰¹

A contemporânea investigação científica considera as fontes bibliográficas e documentais, estrangeiras e nacionais. Como fonte primária é proposto um estudo de caso do *impeachment* de Dilma Rousseff com foco no seu procedimento e ainda, a decisão que incorreu no seu afastamento ao cargo de Chefe de Governo e de Estado da República Federativa do Brasil e, que não aplicou a sanção de inelegibilidade.

Para a abordagem pretendida no presente estudo de caso, num primeiro momento, faz-se necessária a análise do processo de *impeachment* em si para depois partir-se para a compreensão da ADPF 378, processo no qual se delimitaram as questões relacionadas ao rito do *impeachment*.

A Constituição de 1988 traz as regras fundamentais do procedimento a ser seguido no processo de *impeachment* presidencial, como por exemplo, nos artigos 52 a 86, verifica-se a definição da competência privativa do Senado Federal para o julgamento. No artigo 85, encontram-se as condutas que caracterizam crime de responsabilidade.

É importante destacar que o artigo 86, incisos I e II, determinam que é de competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento do presidente pela prática de infrações penais comuns. É devido à natureza dúplice do instituto que na ADPF 378, o Supremo Tribunal Federal, ao definir o rito a ser seguido no processo de

³⁰¹ Trata-se de tema já abordado por nós em: Cf. LUTZ, Maria Luiza Scherer; MALISKA, M. A. **O impeachment de Dilma - Estudo de caso: Recall, Voto de Desconfiança ou Presidencialismo de Coalizão?** Direito e Justiça: Reflexões SocioJurídicas, v. 18, n. 30 *no prelo*.

impeachment, estabeleceu os parâmetros para o exercício do devido processo legal³⁰².

O *impeachment* é um instrumento constitucional próprio de repúblicas presidencialistas. É importante destacar que o *impeachment* engloba o processo (previsto no artigo 86, da Constituição da República) e a sanção (prevista no artigo 52, parágrafo único, da Constituição da República). A rigor, no Brasil, entende-se como *impeachment* somente a acusação popular, ou seja, a primeira fase do processo em que ainda está se apurando se há ou não o crime de responsabilidade em relação aos atos do presidente da república³⁰³.

No Brasil, o *impeachment* deve ser utilizado a partir de uma base jurídica: é imprescindível a existência de um crime de responsabilidade e caracterizada sua materialidade. E, ainda, a configuração da conduta em forma de dolo. O *impeachment* deve ser aplicado em caráter excepcional, uma vez que suas consequências são traumáticas em relação à democracia e a soberania popular.

Além desse ponto, a discussão acerca da legitimidade do *impeachment* reside no fato principal de que há dúvidas sobre a existência de crimes de responsabilidade (“pedaladas fiscais” e decretos suplementares) e o que realmente motivou o *impeachment* da ex-presidente Dilma foi a sua impopularidade, tanto em se tratando da população em geral, quanto no Congresso Nacional, em virtude do fracasso na gestão da economia e seu isolamento em relação aos demais partidos políticos.

Por isso seria necessário que a lei do *impeachment* sofresse alterações a fim de garantir um fundamento legítimo no julgamento dos crimes de responsabilidade ou garantir que a insatisfação popular fosse motivo suficiente para destituir um governante eleito antes do término do mandato eletivo. Como, ainda, terceira alternativa, considera o autor Ricardo Lodi Ribeiro³⁰⁴ que o processo de *impeachment* no país não pode ser usado quando a população está insatisfeita com o não cumprimento das promessas eleitorais, motivo pelo qual defende o *recall*,

³⁰² VAZ, Paulo Afonso Brum; FLORES, Vinicius Letti. **O impeachment e o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico**. Curitiba: 2016. In: Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 21, n. 21, dez. 2016. Edição especial. p. 126.

³⁰³ MORAES, Filomeno; SOBRINHO, Luis Lima Verde. **Quedas democráticas de governo: o impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas**. Curitiba: 2016. In: Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 21, n. 21, dez. 2016. Edição especial. p. 49.

³⁰⁴ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff**. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>. Acesso em 24 nov. 2016.

que nada mais é do que um instrumento para revogar mandatos em razão da perda da confiança popular no governante, pois o objetivo do *impeachment* reside na apuração da prática comissiva e dolosa de crime de responsabilidade do presidente que fundamente o afastamento pelo Congresso Nacional.

O julgamento do *impeachment* trata da observação de quais elementos e valores constitucionais foram violados em decorrência do crime praticado pelo presidente da república. Desta forma, é imprescindível que se observe a separação de poderes, os direitos fundamentais e o devido processo legal.

Registre-se que, o artigo 85 da Constituição Federal³⁰⁵ prevê que compete à lei federal disciplinar os crimes de responsabilidade do presidente da república, inclusive no que diz respeito ao processo do *Impeachment* e seu julgamento. A lei que disciplina os crimes de responsabilidade é a 1079/50³⁰⁶, que sofreu alterações pela lei 10.028/2000.

Anote-se que, a natureza do *impeachment* não é um assunto pacífico na doutrina, uma vez que se molda como um instituto *sui generis* de natureza mista: política e jurídica concomitantemente. Além de se constituir julgamento político pelo corpo de representantes, há também a obrigatoriedade da observância de regras de direito material e processual.

Paulo Brossard apud Luz, Cícero Krupp entende se tratar de natureza político-administrativa o impedimento. Há ainda parte da doutrina que defenda o *impeachment* como sendo de natureza puramente política, e outra parte atribui natureza mista - parte de natureza política, parte de natureza penal. A natureza política tem um viés jurídico-penal, devido à aplicação de pena, devendo-se observar uma série de garantias fundamentais, sob pena de intervenção jurisdicional³⁰⁷.

³⁰⁵ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra :I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV- a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII -o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 85).

³⁰⁶ Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: I - A existência da União; II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados; III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - A segurança interna do país; V - A probidade na administração; VI - A lei orçamentária; VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; VIII - O cumprimento das decisões judiciais (BRASIL. **Lei 1079 de 10 de abril de 1950**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L1079.htm> Acesso em 03 de dezembro de 2018).

³⁰⁷ LUZ, Cícero Krupp da; MESSIAS, Thanus Luiz Nogueira Zenun. **O impeachment forjado como voto destituente: análise dos votos da câmara dos deputados no caso do brasil de 2016**. Curitiba:

O STF³⁰⁸ declarou a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Constituição de Santa Catarina e de São Paulo que tratavam do processo do *impeachment*, sob o argumento de que o *impeachment* tem natureza penal e, portanto, a União tem competência privativa para legislar acerca do assunto³⁰⁹. De outra banda, o senado exerce função jurisdicional quando do processo de *impeachment*, julgando o presidente da república por crime de responsabilidade. Pode-se considerar uma exceção ao monopólio da atividade jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro. Podendo ser comparado à Assembleia Legislativa quando exerce a atividade de acusação do governador do Estado pela prática de crime de responsabilidade³¹⁰.

No sistema brasileiro, presidencialista, existem duas formas de excluir o Executivo do poder: através de novas eleições após o término do mandato ou pelo *impeachment*. Assim, ainda que o presidente da república perca o apoio popular e político, enfrente crises, ele não pode ser derrubado³¹¹, diferente, por exemplo, do parlamentarismo, no qual o poder Executivo é exercido “num quadro de estabilidade política, a governabilidade é quase que pressuposta”³¹². Deste modo, o instituto do *impeachment* revela, por si só, uma crise ligada diretamente ao presidencialismo de coalizão, crise que surge para reconhecer a necessidade de formação de novas coalizões, diálogos entre os grupos políticos³¹³.

Além do presidente da república ter total autoridade sobre as matérias a serem discutidas no Congresso Federal, é o protagonista da agenda política. Uma vez que

2016. In: Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 21, n. 21, dez. 2016. Edição especial. p. 17.

³⁰⁸ Na ocasião do julgamento da ADIn 1.628/SC, Rel. Eros Grau, decidiu pela inconstitucionalidade formal de dois dispositivos contidos na Constituição Estadual de Santa Catarina que atribuíam a sua Assembleia Legislativa (repetindo a Constituição Federal) (i) a competência para o processamento e o julgamento dos crimes de responsabilidade do chefe do Poder Executivo e (iii) a inabilitação por oito anos para o exercício de função pública. Ao vincularem Disposições relativas ao processo e julgamento de crimes de responsabilidade, esses dispositivos teriam invadido a esfera de competência legislativa da União, incorrendo em inconstitucionalidade formal. Isso porque a Suprema Corte entendeu que os crimes de responsabilidade têm natureza penal, devendo seu processamento se submeter à legislação federal sobre o tema (Lei 1.079/50). Prevalece assim, o art. 22, I, da CF, no sentido de que a matéria é de competência da União. E, relativamente aos crimes de responsabilidade dos Chefes do Executivo (como o *impeachment*), portanto, restou evidenciada a natureza penal (CLÈVE, Clemerson Merlin. **Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Coordenador Clèmerson Merlin Clève. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50).

³⁰⁹ Idem.

³¹⁰ CLÈVE, 2011, p. 51.

³¹¹ SCHIER, Paulo. **Presidencialismo de coalizão. Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Juruá. Curitiba: 2017, p. 95.

³¹² Ibid., p. 96.

³¹³ SCHIER, 2017, p. 256.

tem a prerrogativa de solicitar urgência na discussão de matérias que considerar convenientes, proporcionando, assim, ao presidente uma posição institucional dominante³¹⁴. Possui, também, competências legislativas, regulamentares no campo administrativo, bem como detém a competência de indicar e nomear pessoas para determinados cargos, além das competências inerentes a Chefia de Estado (representação do país, assinatura de tratados, declarar guerra e celebrar a paz)³¹⁵.

Fica nítido, segundo Schier, que o modelo brasileiro é praticamente o de um presidente com poderes imperiais, uma vez que domina a agenda política, retira temas de pauta, veta e produz atos normativos. Ainda, a legislação dificulta a possível renúncia presidencial. O *impeachment*, como se sabe, não é o instrumento adequado para a solução de crises políticas, conforme leciona Schier³¹⁶, visto que exige a existência de um crime de responsabilidade, o que enseja defini-lo como de natureza penal e não política, como é o caso do *recall* ou até mesmo o voto de desconfiança³¹⁷.

O artigo 52 da Constituição Federal afirma que o *impeachment* do presidente da República realizar-se-á com dois terços dos votos do Senado Federal e assim, o presidente será condenado à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. Devido a este fato que a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) somente preocupou-se com a renúncia, uma vez que a inelegibilidade em caso de *impeachment* já se encontrava prevista na Constituição. Em relação à inabilitação, não foi o que aconteceu com a ex-presidente Dilma Rousseff. O Senado entendeu por bem realizar uma votação apartada e como resultado, a ex-presidente não teve sua inabilitação política decretada.

Para Adilson Macabu, ex-ministro convocadon do Superior Tribunal de Justiça, a divisão feita pelo Senado para votar o caso de Dilma abriu uma possibilidade de o processo de *impeachment* ser, novamente, levado ao Supremo Tribunal Federal. Para o autor mencionado, o Senado não poderia ter interpretado a Constituição para votar separadamente as penas de perda do cargo e inabilitação, porque não tem

³¹⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Presidencialismo de coalizão e administração pública**. In: _____. Direito constitucional brasileiro – Organização do Estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 2, 2014, p. 274.

³¹⁵ Ibid., p. 275.

³¹⁶ Ibid., p. 279.

³¹⁷ NEVES, Marcelo. **Parecer sobre o impeachment**. 2015. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia/273806-1>. Acesso em 20 de jan. de 2017. p. 31.

competência³¹⁸. A previsão constitucional indica que, ao se concluir o processo do *impeachment*, serão aplicadas as penalidades ao presidente da república: o seu afastamento do cargo e a inelegibilidade. Esta última é votada pelo Senado. No caso da ex-presidente Dilma, optou-se em dividir as penas.

Para Reis³¹⁹ é polêmica a decisão do Senado em dividir a votação, que separou as penas previstas no parágrafo único do artigo 52 da Constituição. O texto constitucional é claro quando traz que a condenação implica a perda do cargo com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. Gramaticalmente, a preposição “com” indica “adição”. De fato, Dilma Rousseff deveria ter sido condenada às duas penas previstas na Constituição Federal. Mais um indício, apontado por Reis de que o instituto do *impeachment* foi utilizado somente como pretexto para o seu afastamento.

O que se percebe, portanto, é uma confusão em relação à finalidade que se buscava: o afastamento da ex-presidente do cargo e o meio utilizado: o instituto jurídico do *impeachment*, que deve ser utilizado para apurar a existência de crime de responsabilidade cometido pelo presidente da república e, se confirmado, incorrerá no afastamento do cargo e a inelegibilidade do presidente como punição e não por dissabor popular, político e econômico em relação à administração da ex-presidente.

Foi em virtude de todo esse cenário que o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 378, instrumento subsidiário do controle de constitucionalidade utilizado para defender possíveis inconstitucionalidades dos atos do Poder Público, normas municipais ou legislação anterior à Constituição Federal de 1988, conforme definição da própria Corte Constitucional:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Descrição do Verbete: É um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no STF, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIns, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da

³¹⁸ VASCONCELOS, Marcos de. **Impeachment sem inelegibilidade não é precedente para cassação de parlamentar**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-31/impeachment-inelegibilidade-nao-precedente-parlamentares>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

³¹⁹ REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **Efeitos do julgamento do impeachment contra Dilma Rousseff**. São Paulo: 2016. Disponível em: <http://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-efeitos-julgamento-impeachment-contra-dilma-Rousseff-01092016>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

ADIn. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto³²⁰.

Nesse sentido, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou a demanda, em 03 de dezembro de 2015, para que fosse “reconhecida a ilegitimidade constitucional de dispositivos e interpretações da Lei n. 1.079, de 1950, e também a legitimidade constitucional de outros dispositivos integrantes do mesmo diploma”³²¹ para que fosse sanado “o processo de *impeachment* da ex-Presidente da República de modo incompatível com o texto constitucional vigente, gerando instabilidade jurídica, política, econômica e social”³²², na busca do ataque ao recebimento da denúncia elaborada por Jélio Bicudo, Miguel Reale Junior e Janaína Conceição Paschoal.

Desse modo, por meio do pedido de liminar incidental na ação principal para a interrupção do *impeachment*, o Relator do caso, Ministro Edson Fachin, em 08 de dezembro de 2015, suspendeu o andamento do *impeachment* na Câmara dos Deputados, para que o Supremo Tribunal Federal pudesse emitir a decisão na ADPF:

Com o objetivo de (i) evitar a prática de atos que eventualmente poderão ser invalidados pelo Supremo Tribunal Federal, (ii) obstar aumento de instabilidade jurídica com profusão de medidas judiciais posteriores e pontuais, e (iii) apresentar respostas céleres aos questionamentos suscitados, impende promover, de imediato, debate e deliberação pelo Tribunal Pleno, determinando, nesse curto interregno, a suspensão da formação e a não instalação da Comissão Especial, bem como a suspensão dos eventuais prazos, inclusive aqueles, em tese, em curso, preservando-se, ao menos até a decisão do Supremo Tribunal Federal prevista para 16/12/2015, todos os atos até este momento praticados. Em caráter excepcional, com fulcro na Lei 9.882/1999, art. 5º, § 1º, se sustenta essa decisão monocrática, ad referendum do Tribunal Pleno, por ser portadora de transitória eficácia temporal de 08 (oito) dias, a contar de hoje, diante da magnitude do procedimento em curso, da plausibilidade para o fim de reclamar legítima atuação da Corte Constitucional e da difícil restituição ao Estado anterior caso prossigam afazeres que, arrostados pelos questionamentos, venham a ser adequados constitucionalmente em moldes diversos³²³.

³²⁰ Informação disponível em <<http://hstf.stf.jus.br/portal/glossario/default.asp?letra=A&inicio=20&fim=0>> Acesso em 01 de abril de 2018.

³²¹ Informação disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf378.pdf>> Acesso em 02 de abril de 2018.

³²² Idem.

³²³ BRASIL. **Decisão Monocrática em Medida Cautelar na ADPF 378**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MC_ADPF_378.pdf> Acesso em 02 de abril de 2018. p. 02-03.

Da mesma maneira, em prol da segurança jurídica, solicitou-se que fosse aguardada a decisão. Apesar de possuir relatoria no caso, foi o Ministro Luís Roberto Barroso que teve a tese adotada pelo plenário, e, conseqüentemente, assumiu a responsabilidade de produzir uma ementa da decisão para a publicação, votada no dia 18 de dezembro de 2015.

Destarte, de breve maneira, foram adotadas concepções procedimentais para nortear o processamento do *impeachment*, extraídas a partir dos pedidos formulados na ADPF. Primeiramente, a Corte Constitucional decidiu que não era necessária defesa prévia da ex-presidente antes do recebimento da denúncia, anulando o argumento de possível violação ao devido processo legal, visto que é oportunizada atuação no processo. Também, conforme o artigo 38 da Lei nº 1.079/1950, entendeu ser possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado ao processo de *impeachment*, compatíveis com os preceitos constitucionais.

Ainda, entendeu-se que são recepcionados pela Constituição Federal, os artigos 19, 20 e 21 da Lei nº 1.079/1950, de modo que as diligências previstas apenas esclarecem a denúncia e que não são recepcionados o artigo 22 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 1.079/1950, com relação à dilação probatória e segunda deliberação na Câmara dos Deputados. O Supremo Tribunal Federal considerou que a proporcionalidade na formação da Comissão Especial pode ser estabelecida em relação aos partidos e blocos partidários. E acatou o pedido de estabelecimento da manifestação da defesa após a acusação, bem como o pedido de que o interrogatório fosse o ato final da instrução probatória.

A Corte do STF deferiu parcialmente o pedido para interpretar o artigo 24 da Lei nº 1.079/1950 de modo que o recebimento da denúncia ocorresse após a decisão do Plenário do Senado Federal e a votação nominal ocorresse por maioria simples desde que presente a maioria absoluta de seus membros. Concordaram, também, com relação ao pedido de legitimidade da aplicação analógica dos artigos 44, 45, 46, 47, 48 e 49 da Lei nº 1.079/1950, com relação ao processamento no Senado Federal. E que não fossem recepcionados os artigos 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80 e 81, da Lei nº 1.079/1950, que estabelecem as funções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Indeferiu o pedido para que os senadores não se apartassem da função acusatória, bem como compreendeu a impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do Código de Processo Penal com relação ao Presidente da Câmara dos Deputados.

Houve, também, a consolidação de dois pedidos incidentais, de modo que decidiu a Corte do STF pela impossibilidade da formação de Comissão Especial a partir de candidaturas avulsas, bem como o deferimento integral do pedido de reconhecimento de que a eleição da Comissão Especial somente pode se dar por voto aberto. Ainda, devido à Questão de Ordem colocada em questão, o Plenário decidiu reafirmar o *quórum* necessário para a deliberação do Senado para a instauração do processo é de maioria simples.

Diante do julgamento da referida ADPF, cabe analisar o instituto da autocontenção, já elaborado e analisado no quarto capítulo do presente trabalho, devido ao protagonismo judicial para tomar decisões que sobrepõe o Judiciário aos poderes Legislativo e Executivo.

Isto pois, esse protagonismo judicial significa interferência no processo democrático e na tomada de decisões que, em tese, seriam de competência legislativa, de modo que deve ser limitado para que essa intervenção equilibre-se quanto ao objeto de controle de constitucionalidade e seus resultados, um vez que o papel do Judiciário não significa decidir sobre temas politicamente controvertidos.

A autocontenção foi promovida pelo próprio movimento de judicialização da política, que acabou por auferir maior amplitude ao poder judicial para intervir em situações políticas e permitiu ao juiz expor suas compreensões próprias, ultrapassando os limites da sua função de julgador.

Assim, a judicialização transformou as discussões populares em debates técnicos, promovidos por juízes não eleitos democraticamente que interpretam os direitos frente à leitura legislativa das normas, o que poderia ser admitido, como defende Waldron, em apenas algumas situações, desde que se demonstrasse que a Corte protege os direitos de modo eficaz, e que o Parlamento fosse representativo da maioria e funcional.

Em uma estrutura com as instituições democráticas consolidadas e representatividade garantidora dos direitos dos cidadãos, não seria necessário se falar

em intervenção judicial, já que essa deve apenas promover a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Registre-se que, o Poder Legislativo brasileiro é disfuncional, questionando-se qual a instituição que poderia oferecer resposta adequada, por meio de diálogos institucionais, de maneira que os poderes tenham suas atribuições definidas, sob pena de comprometimento do salutar exercício da democracia.

Anote-se que, a construção decisória tem que ser feita de maneira conjunta e inter-institucional entre os poderes na resolução dos conflitos. Isso fortalece o processo democrático alinhado aos ideais de justiça de nossa sociedade plural.

Assim, a doutrina da autocontenção na esfera do Legislativo, defende que o papel do Judiciário não engloba decidir sobre temas politicamente controvertidos, transformando a Corte em uma arena política, pois possui o dever de garantir a Constituição Federal e não arbitrar discussões políticas.

Entretanto, foi exatamente isso o que aconteceu no exame da ADPF 378, fruto do desenvolvimento da judicialização da política que fomentou a figura do juiz Hércules, que ultrapassa os limites de suas competências.

A judicialização da política verificada no processo de *impeachment*, portanto, indica um desenvolvimento democrático deficitário no Brasil, visto que as instituições e o sistema eleitoral, atrelados à crise de representatividade colocam a atuação do Poder Legislativo em xeque, e fomentam a saída do protagonismo e ativismo judicial. Acaso vigesse a dignidade da legislação proposta idealmente por Waldron, as decisões políticas não utilizariam os princípios para fomentarem esse ambiente de “negociatas, trocas de favores, manobras de assistência mútua, intrigas por interesses e procedimentos eleitoreiros”³²⁴.

É sob essa óptica que se defende a maximização da participação popular, que engloba diversas concepções sobre os direitos fundamentais, a justiça social, as políticas públicas, para que as decisões políticas sejam tomadas em igualdade de condições e não apenas por um grupo específico pertencente à Corte.

Dessa forma, pelo menos em tese, o legislador deveria exercer o poder de decisão no caso do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, visto que sua atuação ideal deveria ser centrada no interesse comum, pelo menos na doutrina

³²⁴ WALDRON, 2003, p. 02.

proposta por Waldron, visto que se sabe que as instituições reais possuem desvios, são falíveis, o que, de fato, dificulta a defesa de quem deveria ter a última palavra”³²⁵.

Conforme a análise da ADPF 378 e as definições procedimentais que foram aplicadas no processamento do *impeachment*, percebe-se que foram desconsiderados dispositivos já consolidados e, auferiram-se interpretações diversas com relação à Lei nº 1.079/1950, o que demonstra claramente o ativismo da atuação judicial, que extrapola os limites e interfere nos outros poderes, transpassando as definições legislativas para determinar novas regras ao paradigmático julgado analisado.

Nesse sentido, o impeachment demonstrou-se como situação típica de judicialização da política, juntamente com outras questões levadas à Corte Constitucional, visto que consolidou o STF como poder legítimo na defesa dos direitos fundamentais, mesmo que sem parâmetros objetivos dos limites de interferência da ampliação de sua autoridade, especialmente direcionada à política e ao seu papel moderador da “última palavra”, agentes incumbidos de caráter provisório enfatizados pelo desenho institucional e a separação de poderes da maneira como são postos, no contexto da democracia constitucional.

Ocorre que, conforme defende Conrado Mendes, as decisões no Estado Democrático Constitucional devem buscar a promoção da interação deliberativa sem a existência de sobreposições de poderes, para que se compreenda que todas as últimas palavras são provisórias, uma vez que política e direito continuam no tempo e não se adequam ao conceito de imutabilidade, o que deve ocorrer por meio da teoria normativa do diálogo, que visa sanar a demanda pela solução mais adequada e justa, fortalecendo a separação de poderes com o equilíbrio de diálogo permanente advindo do desenho institucional de interação entre os poderes republicanos.

Entretanto, não foi o que ocorreu, visto que o Supremo Tribunal Federal desenhou o procedimento de processamento do *impeachment* de maneira a recepcionar e excluir artigos da própria lei, ou seja, resolvendo um conflito sobre tema político, que já estava legislado pela instância representativa o que, por um lado busca garantir direitos do sistema democrático mas que não se sabe até que ponto beneficia a democracia ou impõe entraves até mesmo entre a política e o funcionamento da

³²⁵ MENDES, 2008, p. 08.

justiça e, até mesmo, na concessão de decisões em prol de interesses de grupos específicos.

Deste modo, o Poder Judiciário, indubitavelmente, interviu no sistema político, deixando de observar algumas das escolhas legislativas tomadas e solidificadas na própria legislação, atuando como ator institucional estratégico e se auto proclamando o poder com maior capacidade institucional para decidir sobre o tema, devido ao conhecimento técnico das condições teóricas e fáticas do caso, envolvendo um arcabouço complexo de informações, mas acabou por se olvidar dos efeitos sistêmicos, traduzidos nos resultados sociais advindos da decisão concreta, de modo que consolidou sua decisão sobre o *impeachment* como adepto ao ativismo judicial.

Por derradeiro, segundo Waldron dever-se-ria repensar uma teoria da democracia que reestabeleça a dignidade da legislação e seu valor moral, que requer a regra da maioria para consolidar um valor igualitário. Deve ser analisada a normatização que ocasionará obstáculo ao debate político democrático, estudando os processos decisórios e o respeito à participação política, que não apresenta convergência com uma instituição que revise os direitos fundamentais no contexto de conflito e mudança social.

5.2. Ficha Limpa (ADC 29, ADC 30 e ADI 4578)

Analisada a judicialização do *impeachment* e a necessária autocontenção do Judiciário, agora se pretende passar ao estudo do caso da Lei da Ficha Limpa, discussão que culminou nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578 que tratam da Lei Complementar 135/2010, comumente denominada como Lei da Ficha Limpa, advinda de projeto de iniciativa popular aprovado pelo Congresso Nacional em 2010.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no dia 16 de fevereiro de 2012, pela constitucionalidade da lei, autorizando sua aplicação nas eleições do mesmo ano, de modo a alcançar também os fatos ocorridos no período anterior à sua vigência.

A Lei Complementar 135/10 alterou a redação da Lei Complementar 64/90 por meio da inserção de outras hipóteses de inelegibilidade, com base nos princípios da probidade e moralidade administrativas (artigo 14, parágrafo 9, Constituição Federal).

Assim, incluiu no rol hipotético, candidatos condenados com decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado que tenham cometido crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e contra o meio ambiente e a saúde pública. Do mesmo modo, candidatos que tenham praticado crimes que recaiam sob:

(...) a pena privativa de liberdade; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando³²⁶.

O histórico das referidas demandas judiciais iniciou em março de 2011, quando a Confederação Nacional das Profissões Liberais propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, devido ao dispositivo da Lei da Ficha Limpa que torna inelegível por 08 (oito) anos quem for retirado da profissão devido à decisão do órgão competente, por infração ética, pedindo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, alínea “m” da Lei Complementar 64/1990.

Nessa seara, em abril de 2011, o Partido Popular Socialista (PPS) pediu a validade da Lei da Ficha Limpa e sua aplicação nas eleições de 2012, inclusive incorrendo nos fatos ocorridos em período anterior, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade 29, conforme o dispositivo que defende a moralidade administrativa (artigo 14, Constituição Federal), pois identifica suposto conflito com o princípio da irretroatividade da lei penal, visto que a inelegibilidade seria restrição ao direito e não pena sancionatória, solicitando a declaração de constitucionalidade da aplicação da norma a fatos anteriores à sua edição.

Do mesmo modo, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade 30 requerendo que a Lei da Ficha Limpa fosse declarada constitucional, em virtude dos anseios sociais de validade constitucional e em prol da segurança jurídica, uma vez que as hipóteses de inelegibilidade inseridas não poderiam violar os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, a coisa

³²⁶ BRASIL. **Lei Complementar 135 de 04 de junho de 2010**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm> Acesso em 2 de março de 2018. http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_b&idConteudo=200628

julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. A natureza eleitoral abarca as regras com o objetivo da proteção da moralidade administrativa. Cabe ressaltar dois pontos bastantes importantes na presente análise. Primeiramente, com relação à razoabilidade:

A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, parágrafo 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional³²⁷.

Ainda, no mesmo contexto, com relação ao princípio da proporcionalidade:

(...) resta prestigiado pela Lei Complementar n. 135/2010, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina, (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício do referido *múnus público*³²⁸.

A alteração da Lei Complementar nº. 64 de 1990 adveio devido à dificuldade da sua eficiência, devido a sua incompletude para vetar os candidatos à inelegibilidade. Assim, possíveis controvérsias constitucionais surgiram quando da promulgação da Lei da Ficha Limpa, originada de uma iniciativa popular alçada ao Congresso Nacional para votação.

Nesse sentido, promoveu-se a consulta nº 114709/DF, que confirmou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que a lei vigeria para as eleições de 2010, bem como nortearia os processos anteriores, e seria aplicada no julgamento daqueles em trâmite (ainda que em fase recursal) e, também, que a aplicação das penas previstas retroagiriam aos processos iniciados antes da sua vigência. Os referidos tópicos foram objeto de apreciação pelo Pretório Excelso.

Em seguida, tal questão foi trazida ao STF por meio do Recurso Extraordinário nº 633703/MG, considerando especialmente o ponto da aplicabilidade imediata da norma, de modo que em 23 de março de 2011, o Supremo Tribunal

³²⁷ VIEIRA, 2017, p. 459.

³²⁸ Idem.

Federal votou no sentido de que Lei da Ficha Limpa teria seus efeitos adiados para as eleições de 2012.

Superado esse ponto nevrálgico, o Supremo Tribunal Federal analisou a aplicação da lei para as eleições municipais de 2012, por meio do julgamento de três ações referentes à Lei da Ficha Limpa: as Ações Declaratórias de Constitucionalidade propostas 29 e 30, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. Decidiu, portanto, que a lei era constitucional e poderia valer a partir das eleições municipais de 2012. Nesse sentido, o voto final ocorreu pela:

(1) pela procedência total da ADI n. 4.578, para declarar a inconstitucionalidade da alínea “m”; (2) pela improcedência da ADC n. 29, para declarar o caráter retroativo da Lei Complementar n. 135/2010 e determinar sua aplicação apenas em relação aos fatos ocorridos após a sua vigência, respeitada a anualidade eleitoral prevista no art. 16 da Constituição, tal como já afirmado pela Corte no RE n. 633.703; (3) pela improcedência parcial da ADC n. 30, para declarar a inconstitucionalidade da alínea “n”; (4) pela improcedência parcial da ADC n. 30, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou proferida por órgão judicial colegiado”, contida nas alíneas “e” e “l”; (5) pela procedência parcial da ADC n. 30, para, aplicando a técnica da decisão da interpretação conforme à Constituição, fixar que a alínea “o” é constitucional desde que interpretada no sentido de que somente as hipóteses de demissão diretamente relacionadas a atos de improbidade administrativa podem constituir causas de inelegibilidade; (6) pela procedência parcial da ADC n. 30, para, aplicando a técnica da decisão da interpretação conforme à Constituição, fixar que a alínea “g” é constitucional desde que interpretada no sentido de que os chefes do Poder Executivo, ainda quando atuem como ordenadores de despesa, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Constituição; (7) pela procedência parcial da ADC n. 30, para, aplicando a técnica de decisão da interpretação conforme à Constituição, fixar que as alíneas “e” e “l” – retirada a expressão “ou proferida por órgão judicial colegiado” – são constitucionais desde que sejam interpretadas no sentido de que seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de oito anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado³²⁹.

Desta maneira, foi julgada constitucional a Lei Complementar nº 135/2010, aduzindo a sua importância no sistema do Estado Democrático de Direito, visto que beneficia a coletividade e conserva a legitimidade das eleições, por meio da probidade administrativa e da moralidade para os candidatos ao pleito eleitoral.

Nesse contexto, preservando a constitucionalidade do dispositivo, observa-se a importância da supremacia da Constituição, que significa “pedra angular, em

³²⁹ VIEIRA, 2017, p. 466.

que assenta o edifício do moderno direito público, significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos”³³⁰, ou seja, “a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normais fundamentais de Estado”³³¹. Deste modo, a supremacia constitucional:

Resulta da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores³³².

Nessa acepção, a constitucionalidade significa “teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”³³³. Deste modo, inviabiliza “que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado”³³⁴.

Nesse panorama, a inelegibilidade significa um impedimento ou restrição que atinge a capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), não envolvendo o direito político de voto:

(...) é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/2010 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retro-mencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito)³³⁵.

Estar inelegível não caracteriza tão somente uma sanção administrativo-eleitoral, mas sim a proteção aos preceitos democráticos, visto que quem não

³³⁰ SILVA, 2006, p. 47.

³³¹ Idem.

³³² SILVA, op. cit., p. 47.

³³³ CANOTILHO, 1999, p. 51.

³³⁴ KILDARE Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição.** Direito Constitucional Positivo, 12ª Ed, 2011. p. 322.

³³⁵ VIEIRA, 2017, p. 459.

alcança os requisitos do registro de candidatura, não pode almejá-la. Assim, a referida capacidade eleitoral passiva de elegibilidade fica suspensa enquanto surtirem os efeitos das condenações criminais transitadas em julgado (artigo 15, Constituição Federal), atualização trazida pela Lei da Ficha Limpa com a finalidade de proteger a moralidade para o exercício do mandato eletivo.

A Lei da Ficha Limpa brotou como fruto da participação popular, advinda do desenvolvimento da consciência da soberania popular, ainda que tenha sido efetivada como um típico caso de ativismo e interpretação judicial do Supremo Tribunal Federal. Apesar de que, tenha decorrido de alguns deslizes como posicionamentos particulares específicos, ganhou força com a opinião pública, o que enalteceu a democracia e consolidou a proteção dos direitos fundamentais, com destaque ao princípio da moralidade e da irretroatividade da lei. Nesse sentido, o envolvimento político da sociedade civil promoveu uma mudança:

Em termos sintéticos, pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na substituição da democracia representativa pela democracia direta (substituição que é de fato, nas grandes organizações, impossível), mas na passagem da democracia na esfera política, isto é, na esfera em que o indivíduo é considerado como cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seu status, por exemplo, o de pai e filho, o de cônjuge, o de trabalhador, etc.³³⁶.

Nesse movimento de mudança, a Lei Complementar nº 135/2010 significou instituto de transformação e avanços, especialmente com relação à paradigmas inseridos no âmbito jurídico, buscando a proteção da moralidade administrativa. Esse movimento só foi possível devido à participação popular de 1% (um por cento) dos eleitores brasileiros, atitude de pressão que fiscaliza e exige respostas dos agentes públicos, especialmente do Poder Legislativo, para que promovam a efetividade do sistema político.

A medida auxiliou no combate da crise de corrupção e impunidade, pois exalta o impedimento dos candidatos “fichas-suja” efetivarem os registros de candidatura, que, em tese, seriam homologados pela Justiça Eleitoral, os eliminando do jogo político de maneira sumária, visto que não possuem os requisitos de

³³⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011. p. 155.

proibidade necessários para ocupar os cargos do poder público, que exigem ética e moralidade.

Isso demonstra o desenvolvimento de uma sociedade que possui sua democracia no caminho da consolidação adequada e justa, sem influências advindas de jogos de interesses e discussões de arenas políticas. Nesse diapasão, a sociedade possui a importância primordial para a construção dessa democracia proba, visto que significa um amadurecimento político e social.

De se destacar, ainda, a relevância social dos temas em debate. Todos envolvem a proteção constitucional de bens jurídicos de elevada importância para a sociedade, o que, por si só, traz dificuldades à legitimidade democrática do julgador para posicionar-se a respeito. Por conta disso, a definição judicial acerca da proteção jurídica da vida humana e da dignidade da pessoa não pode prescindir da participação da sociedade civil. As complexas sociedades contemporâneas têm como traço peculiar a coexistência e necessária convivência de uma pluralidade de valores. O papel do direito é, pois, receber os impulsos dessa realidade cambiante e renovar-se constantemente em sua aplicação nos casos concretos. E a Constituição percebe essa mutação. Reflexo disso é a plurissignificação que normas constitucionais de textura aberta podem assumir, revelando, também, que distintos valores fundamentais para uma sociedade guardam a mesma relevância frente à Constituição aberta, democrática e pluralista³³⁷.

Preleciona Ana Lucia Pretto Pereira que a busca pela verdade caminha “pelo confronto de interesses, pelo confronto de valores, sendo o lugar ideal para tal embate/debate o espaço público”³³⁸, de modo que “o espaço público é o espaço por excelência para o exercício da soberania, reunindo, por este motivo, condições ideais para a definição dos direitos que um constitucionalismo democrático visa proteger”³³⁹. Assim, reconhece que:

(...) as decisões judiciais são decisões políticas erigidas com base em regime jurídico-institucional próprio. O processo judicial é o espaço por excelência para o exercício de atividade política judicial. O reconhecimento dos concernidos em decisões políticas depende do atendimento do princípio da autolegislação. No espaço do processo judicial, esse reconhecimento é mediatizado pelo uso de categorias próprias à construção da decisão no âmbito judicial. Sob a Constituição brasileira de 88, tais categorias têm sido

³³⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34882/R%20-%20T%20-%20ANA%20LUCIA%20PRETTO%20PEREIRA.pdf>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018. p. 152.

³³⁸ Ibid., 154.

³³⁹ Idem.

formuladas com base em uma compreensão de constituição histórica, sem, contudo, olvidar a dimensão normativa dessa mesma constituição³⁴⁰.

O processo de amadurecimento da democracia, portanto, auxilia na concretização dos direitos fundamentais, que possui seu histórico expansivo proporcionalmente com a evolução dos instrumentos, pela compreensão da necessidade de concretização de determinados valores sociais. Portanto, como aqueles direitos destinados a “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”³⁴¹, devem ser “concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua fundamentalidade material”³⁴².

Devido à importância dos referidos direitos é que a Constituição Federal os positiva de modo a proteger os indivíduos das ingerências do poder público, e incentivar que o mesmo promova melhorias nas condições sociais, exatamente como foi defendido no advento da Lei da Ficha Limpa, de modo que buscam “resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)”³⁴³ como pilar imprescindível à condição humana:

Integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros do totalitarismo³⁴⁴.

Esse processo de transformação das instituições e concepções promove os direitos fundamentais não aqueles como “sempre os mesmos em todas as épocas”³⁴⁵, visto que a afirmação dos direitos do homem “deriva de uma radical mudança de perspectiva, característica marcante da formação do Estado moderno na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão”³⁴⁶. Assim, compreendido como uma conquista do Estado Democrático de Direito, sabe-se que

³⁴⁰ Ibid., 160.

³⁴¹ BONAVIDES, 2002, p. 514.

³⁴² Ibid., p. 539.

³⁴³ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 109.

³⁴⁴ SARLET, 2005, p. 70.

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307-308.

³⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 24.

“a fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado”³⁴⁷.

Considerando que essa atividade estatal deve estar atenta aos parâmetros do ordenamento jurídico e reconhecer os direitos fundamentais como invioláveis, a Lei da Ficha Limpa promove melhorias no âmbito da concretização desses direitos fundamentais, de modo a consolidar o sistema democrático no momento em que aprovou a legislação convocada a partir da participação popular e que pretende eliminar a corrupção, já considerada por sistêmica, e melhorar as condições de vida da população.

Cabe analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na decisão pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e sua aplicação nas eleições baseada na doutrina da autocontenção.

A proposta da Lei da Ficha Limpa foi levada ao STF devido à aplicabilidade imediata e, posteriormente, por meio dos questionamentos de constitucionalidade, na busca pelo bem-estar da coletividade e legitimidade das eleições conforme a probidade administrativa e a moralidade dos candidatos ao pleito eleitoral.

Nesse sentido, observa-se que não houve exacerbação do Poder Judiciário no que diz respeito à atuação proativa, pois a autocontenção no sentido de demonstrar a decisão em respeito aos direitos fundamentais, de modo mais eficaz, seguindo sua competência perante o sistema de instituições democráticas consolidadas, e que permitiram a promoção da iniciativa popular, enaltecendo o processo democrático e a adequada justiça na pluralidade social.

Considerando que a própria Constituição Federal proíbe que os governantes imponham seus interesses perante a sociedade por meio do aparato estatal, a inelegibilidade como impedimento da capacidade eleitoral passiva caracteriza uma sanção administrativo-eleitoral, bem como os fundamentos democráticos de restrição dos candidatos que não estão aptos para efetuar o registro de candidatura, para proteger a moralidade para o exercício do mandato eletivo.

O Judiciário, portanto, deve atuar com deferência, visto que não pode formular decisões sem competência, e com responsividade, para garantir a consolidação dos direitos fundamentais através de uma postura decisória racional

³⁴⁷ VILANOVA, 1970, p. 43.

em virtude das expectativas sociais.

Assim, abre-se lacuna para o procedimentalismo, que busca analisar as decisões dos juízes das normas controvertidas no processo, de maneira que a Corte se assegure de que o Legislativo garantiu os pontos de vista das minorias, em prol da autonomia dos cidadãos e eficácia do processo democrático inclusivo.

Deste modo, cabe ressaltar no presente ponto, que a atividade política judicial, se fundamenta na atuação política do Poder Judiciário que se envolva com debates decisórios sobre o interesse público, de modo que exista no momento em que se demanda ao Poder Judiciário assuntos pertinentes à política.

E a validade dessas decisões judiciais, especialmente a título moral, com fulcro na “teoria do direito de Habermas é informada pela perspectiva do discurso, dentro de um paradigma procedimental”³⁴⁸, de modo que a “racionalidade da interpretação do direito pressupõe um espaço de deliberação onde todos os argumentos podem ser livremente apresentados e discutidos”³⁴⁹, sendo que o risco dessa atividade política judicial consistiria na redução à denominada “jurisprudência de valores (...) consistiria no fato da interpretação judicial do direito, em lugar de operar uma escolha entre normas válidas, operar uma escolha entre valores, através de um sopesamento dos bens abrigados por aqueles valores”³⁵⁰.

A atividade política judicial consiste em decisões públicas, proferidas por agentes vinculados à realização dos objetivos fundamentais, particularmente, à efetividade dos direitos fundamentais (...). Uma atividade política judicial desenrola-se no âmbito do processo judicial, e daí surge a importância de se trabalhar modos de atendimento ao princípio da autolegislação no âmbito dessas decisões, públicas e políticas no sentido aqui construído, a partir do direito reconhecidamente válido pela comunidade de intérpretes³⁵¹.

Destarte, a atividade política judicial possui objetivo de demonstrar a maneira pela qual se integra o processo público de participação geral, de modo que a atividade judicial conta com “a participação de atores políticos no processo de construção de uma comunidade (...) no âmbito institucionalizado da distribuição, equilíbrio e controle do poder público”³⁵², de maneira que possui exercício pela inclusão dos cidadãos.

³⁴⁸ PEREIRA, 2013, p. 27.

³⁴⁹ PEREIRA, 2013, p. 27.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ Ibid., p. 114.

³⁵² Ibid., p. 119.

Afirma, ainda Ana Lucia Pretto Pereira que a atividade política judicial, no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal “é viabilizada não apenas pela possibilidade de juízes participarem, com decidibilidade nesse processo público, como também, pelo fato de o próprio ordenamento jurídico prever medidas autorizativas da formação de juízo de valor”³⁵³.

É diante desse motivo que reside a importância de inserção dos indivíduos no processo decisório, que não apenas pelas vias representativas, pois o processo de construção das decisões públicas permitem o alcance da voz na deliberação que não se limite ao discurso de legitimação da atividade política judicial, mas sim para chamar:

(...) atenção de que se trata de uma atividade de construção de decisões públicas, coerente com uma compreensão de constituição e de jurisdição, que em grande parte sustenta a dogmática jurídica da Constituição brasileira de 88. E aqui reside a importância de ser voltar as atenções para as mediações de construção dessas decisões, e em que medida podem atender o princípio da autolegislação³⁵⁴.

Nessa construção do processo decisório, é importante destacar a possibilidade de incidência dos institutos da omissão legislativa e da lacuna técnica. A omissão, como preleciona Flávia Piovesan³⁵⁵, diz respeito à situação na qual o legislador deixa de cumprir o dever de legislação, parcialmente quando a norma não satisfaz às exigências constitucionais ou totalmente quando existe uma inércia total e a ausência de formulação de qualquer norma. Já a lacuna técnica significa a “ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos”³⁵⁶. Nesse sentido:

A inconstitucionalidade por omissão se verifica sempre que não se cumpre o comando constitucional em tempo útil ou não o realiza nos termos exigidos. Diferencia-se da lacuna técnica em razão de demandar a análise do fator tempo, que pode ter sido ou não fixado pela Constituição. Quando a Constituição não fixa prazo para concretização legislativa, este deve ser aferido pelo Judiciário levando em conta fatores sociais, históricos e valorativos. Concluindo-se que, ao longo do prazo decorrido, o ato não só podia como devia ter sido emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade³⁵⁷.

³⁵³ Ibid., p. 133.

³⁵⁴ PEREIRA, 2013, p. 30.

³⁵⁵ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. p. 73.

³⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 38.

³⁵⁷ CLÊVE, Clémerson M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327.

Nesse sentido, resta claro os parâmetros que devem ser observados e toda a complexidade teórica que deve ser empregada, considerando os institutos acima referidos, para que o instituto da autocontenção seja consolidado.

Portanto, na medida em que a Lei da Ficha Limpa significou importante instrumento de autocontenção e auxiliou no combate a crise de corrupção e impunidade, impedindo os candidatos que não possuíam os requisitos de probidade administrativa de efetivarem os registros de candidatura, devido à falta de ética e moralidade, resultado de uma democracia, em desenvolvimento, adequada e justa, sem influências de jogos políticos e de interesses.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação científica visou analisar o controle judicial como um atributo do Estado Democrático de Direito e refletir sobre os limites que devem ser impostos para impedir que o exercício da jurisdição constitucional obstaculizem o sistema democrático e a consolidação dos direitos fundamentais.

Dessarte, como objetivo central, fulcrou-se na análise das teorias referentes a judicialização da política e da autocontenção do Poder Judiciário, sob a óptica da concretização de direitos fundamentais.

Deste modo, a hipótese-problema circundou sobre as causas e efeitos de uma atuação pró-ativa ou mais tênue do Poder Judiciário no que pertine à concretização dos direitos fundamentais e ao enaltecimento da democracia. Nesta erudição, buscou-se investigar com acuidade os mecanismos que podem ser utilizados para equilibrar o controle de constitucionalidade, ferramenta essencial no sistema democrático, que deve buscar atender aos anseios plurais inseridos na complexidade da sociedade heterogênea atual.

A importância do Poder Judiciário para a garantia de direitos fundamentais abriu espaço legítimo à judicialização da política, na medida em que se desenvolveu como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, consolidando o necessário contrapeso em um sistema democrático de separação e cooperação de poderes.

Nesse contexto, trabalhou-se com as condições sociais e jurídicas que fomentaram a judicialização da política, enaltecendo-se a ampliação das competências superlativas do STF, a hipertrofia e ineficácia legislativa, a debilidade da representação das forças sociais no Poder Legislativo deflagrado pela ausência de unidade e coerência legislativa, amplificada pela textura aberta e principiológica da Carta Constitucional, repleta de normas programáticas e cláusulas indeterminadas, em especial quanto a temas de elevado clamor social.

Com tal característica, a judicialização da política representa levar ao Judiciário as decisões do Legislativo e do Executivo, constatando-se a expansão da jurisdição das Cortes em questões políticas, bem como a propagação das dimensões procedimentais e substantivas do exercício das funções judiciais.

Isto pois, não se pode analisar as questões afetas aos casos concretos apenas sob o viés dos fenômenos literais normativos, mas também, deve-se contemplar, à interpretação e à hermenêutica, desde que sopesadas e embasadas nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Outrossim, analisou-se pormenorizadamente a doutrina da autocontenção como movimento para travar a atuação desmedida do Poder Judiciário em questões intrinsecamente políticas, de modo a promover o equilíbrio e a cooperação entre os poderes.

Neste particular, a autocontenção se manifesta primeiro pelo objeto de controle e, posteriormente, nos efeitos e resultados desse controle de constitucionalidade. Assim, a autocontenção defende que o Judiciário não pode decidir sobre temas politicamente controvertidos, de modo a criar uma arena política de discussão dentro da própria Corte Constitucional.

A tese central de Jeremy Waldron, principal expoente da autocontenção é de que nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja disfuncional, as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo Legislativo e não do processo judicial, sob pena de comprometimento da regra da maioria e da representatividade popular. Waldron pretende construir uma tese em que a democracia restabeleça a dignidade da legislação e seu valor moral.

Neste desiderato, a principal diferença metodológica encontrada entre as duas posições doutrinárias reside na responsividade inerente à judicialização da política, que uma vez exercida legitimamente procura extrair o máximo das possibilidades e potencialidades do texto constitucional (hermenêutica), inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos, tais como os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados.

Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço a deferência e à atuação dos poderes estribados na maioria política e na soberania popular.

Anote-se que em sede de estudo empírico, analisou-se julgados paradigmáticos políticos pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: o estudo de caso do impeachment da ex-presidente Dilma Roussef (ADPF 378), e a Lei complementar 135/2010, intitulada Lei da Ficha

Limpa (ADC 29, ADC 30 e ADI 4578), sob as perspectivas da judicialização da política e da autocontenção.

Registre-se que, em um Estado Democrático de Direito, a judicialização da política leva a que se observe e analise criticamente a interferência do Poder Judiciário sobre as decisões políticas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Apesar de se abrigar conceitualmente a judicialização da política no atual contexto brasileiro, deve-se olhar com atenção aos limites advindos das reflexões impostas em virtude das regras de composição do Supremo Tribunal Federal, de modo que suas decisões e posicionamentos não sejam alterados frequentemente conforme o arranjo e o sentimento pessoal de seus membros, de forma a mitigar a intitlada e reverenciada Supremocracia.

A transformação da Corte Constitucional do país em um tribunal político gera, indubitavelmente, instabilidade e insegurança jurídica que podem comprometer o Estado Democrático de Direito, uma vez que a defesa de interesses e vaidades particulares e o poder de decisão em última instância postos nas mãos exclusivamente de uma única instituição não podem representar sempre a última palavra.

Devendo ocorrer o diálogo permanente e cooperativo entre os poderes republicanos, o que envolve a exigência de circularidade e complementariedade infinitas entre o Judiciário e o Legislativo. De forma, a soerguer-se o potencial epistêmico da deliberação interinstitucional entre os poderes, sem desconsiderar a necessidade por decisões estáveis, ainda que sejam provisórias.

Por derradeiro, filia-se a ideia de responsividade do Poder Judiciário. Registre-se que, a responsividade decorre de uma decisão institucional e exige uma postura racional e argumentativa na tomada de decisões voltadas a efetivar os direitos fundamentais e a estabilização das expectativas da sociedade em relação ao comportamento ativo do Judiciário.

7. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. Revista de Direito Administrativo, v. 265, 2014.

_____. **We the People: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2015.

AMADO, Juan Antonio García. **Derechos y pretextos. Elementos de crítica ao neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

ÁVILA, Humberto. **O que é 'devido processo legal?** Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n.163.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. 1. Ed. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Impeachment por ato do mandato anterior: uma resposta a Lenio Streck**. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-31/gustavo-badaro-impeachment-ato-mandato-anterior-resposta-lenio-streck>. Acesso em de 23 novembro de 2016.

BARBERIS, Mauro. **Ética para juristas**. 1. Ed., Madrid: Editorial Trotta, 2008.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Revista Sequência, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado 3:17, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia, e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Mimeo, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2018.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Retrospectiva 2014**. Consultor Jurídico, 31 dez. 2014. Disponível em <<https://www.conjur.org/>> Acesso em 01 de março de 2018.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, Democracia y Constitución**. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vo>> Acesso em 10 de janeiro de 2018.

BECKER, Gary S. **A Treatise on the Family**. Enlarged edition, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

_____. **O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BOCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. **Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review**. Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 de janeiro de 2018.

_____. **Decisão Monocrática em Medida Cautelar na ADPF 378**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MC_ADPF_378.pdf> Acesso em 02 de abril de 2018.

_____. **Lei 1079 de 10 de abril de 1950**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L1079.htm> Acesso em 03 de dezembro de 2018.

_____. **Lei Complementar 135 de 04 de junho de 2010**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm> Acesso em 2 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351**, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1992.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Súmula vinculante**. Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>>. Acesso em 25 de janeiro de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Editora S.A Fabris, Porto Alegre, 1999.

CAREY, John M.; SHUGART, Matthew (Org.). **Executive decree authority**. NewYork: Cambridge University Press, 1998.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista Sociologia Política, Curitiba, n. 23, p. 127-139, Nov. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de Março de 2018.

CASTRO, Marcus Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.12, n. 34, São Paulo, Jul. 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Minorias e democracia no Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174, São Paulo: 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100009. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Coordenador Clèmerson Merlin Clève. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Presidencialismo de coalizão e administração pública**. In: _____. Direito constitucional brasileiro – Organização do Estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 2, 2014.

_____. **Fidelidade partidária e impeachment estudo de caso**. 2º ed. Juruá. Curitiba: 2012.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COOTER, Robert D. **The Rule of State Law Versus the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the legal Foundations of Development**. In: World Bank Conference on Development Economics. Washington: DC World Bank, 25 de abril de 1996.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga** (Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca). Ediouro, 1989.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direitos Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DAHL, Robert A. **La Democracia: una guia para los ciudadanos**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1999.

DENNINGER, Erhard. **Tarefas do Estado e direitos humanos**. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIXON, Rosalind. **Weak-form judicial review and the American excepcionalism**. Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series, n. 348, 2011.

DOMINGO, Pilar. **Estado de derecho. Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina: Ciudadanización-judicialización de la política**. Revista CIDOB d’Afers Internacionals: Fundació CIDOB, ISSN 1133-6595, n°s 85-86, mayo 2009.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Columbia: Harvard University Press, 1997.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Rights as trumps**. In: WALDRON, Jeremy. *Theory of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FALLON, Richard. **Implementing the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. In *Lua Nova*, n. 50, 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil**. Coimbra, 2003. p. 16. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em: 20.02.2018.

FEREJOHN, John; PASQUALINO, Pasquale. **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas**. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Tradução Adauto Villela et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** *Revista USP*, São Paulo, n. 21. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/n21/numero21.html> Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Participação Democrática: Audiências Públicas**. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (orgs.) *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARAPON, Antoine. **O guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GODOY, Miguel Gualano. **A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas**. *Revista co-herencia*. Medellín, Colombia: 2011. p. 64. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n14/v8n14a03.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Editora Juruá. Curitiba: 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O Supremo de hoje é produto de nossa história**. Le monde diplomatique Brasil, São Paulo, ano 4, n. 41, p. 14-15, dez. 2010. Entrevista a Silvio Caccia Bava.

_____. **Quem tem medo dos juízes (na democracia)**. Justiça e Democracia – Revista semestral de informações e debates, n. 01, 1996.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia**. Revista de Direito do Estado 4:3, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. **The 'Charter' dialogue between Courts and Legislatures**. Osgood Hall Law Journal, v. 35, n. 1, 1997.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Democracia com juízes**. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun/2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (trad. João Baptista Machado). 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. I. Rio de Janeiro: Forense.

KILDARE Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo, 12. Ed, 2011.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas** (Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). São Paulo: Perspectiva, 2007.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Nos labirintos de uma arqueologia: análise crítica da configuração brasileira do processo de impeachment**. Curitiba: 2016. In:

Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 21, n. 21, dez. 2016. Edição especial.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países** (Trad. Roberto Franco). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LUZ, Cícero Krupp da; MESSIAS, Thanus Luiz Nogueira Zenun. **O impeachment forjado como voto destituente: análise dos votos da câmara dos deputados no caso do Brasil de 2016**. Curitiba: 2016. In: Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 21, n. 21, dez. 2016. Edição especial.

LUTZ, Maria Luiza Scherer; FISCHER, O. C. **A democracia deliberativa: o modelo mais adequado para o processo decisório**. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v.3, p.835 - 857, 2017.

_____. **A dialética constitucionalismo e democracia: Anotações sobre a democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino**.1 ed. Campo Grande/MS: In FEPODI, 2017, v.1, p. 1072-1084.

_____; MALISKA, M. A. **O impeachment de Dilma - Estudo de caso: Recall, Voto de Desconfiança ou Presidencialismo de Coalizão?** DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS, v. 18, n. 30 *no prelo*.

_____; DENYS, D. V. S. B. **Teorias da Democracia: Rawls, Habermas e Nino e o Novo Papel do STF**.1 ed. Florianópolis In: CONPEDI, 2017, v.1, p. 164-179.

_____; ULIANA JUNIOR, L. C. **A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil** In: Direitos Fundamentais & Democracia - Estudos em homenagem aos 10 anos do Mestrado em Direito do Unibrasil.1 ed. Curitiba/PR: Instituto Memória Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, v.1, p. 11-31.

_____; FISCHER, O. C. **Jurisdição Constitucional do STF: Judicialização da Política e o Papel Contramajoritário** In: Cultura & Inclusão.1 ed.Curitiba/PR: Instituto Memória Editora, 2016, p. 41-52.

MACHADO, Francisco Mata. **O Estado na democracia deliberativa: as raízes de uma antinomia**. Lua Nova: São Paulo, 95: 225-257, 2015. p. 236. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452015000200225&script=sci_abstract&tlng=PT. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Lua Nova Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 57, p.113-133, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2018.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

MALISKA, Marcos Augusto. **Democracia e constituição no Brasil contemporâneo**. In: COMPLAK. Krystian; MALISKA; Marcos Augusto (Orgs.). Polska I Brazylia. Juruá. Curitiba: 2016.

MANFREDI, Christopher; KELLY, James B. **Six Degrees of Dialogue: a response to Hogg and Bushell**. Osgoode Hall Law Journal, v. 37, 1999.

MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos**. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 05 de março de 2018.

_____. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf> Acesso em 02 de março de 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes: 1996.

MONTORO, Andre Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Filomeno; SOBRINHO, Luis Lima Verde. **Quedas democráticas de governo: o impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas**. Curitiba: 2016. In: Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 21, n. 21, dez. 2016. Edição especial.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. **The Charter Revolution and the Court Party**. Peterborough: Broadview Press, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEVES, Marcelo. **Parecer sobre o impeachment**. 2015. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia/273806-1>. Acesso em 20 de jan. de 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012.

O'FLYNN, Ian. **Deliberating About the Public Interest**. Res Publica, v. 16, n. 3, p. 299-315, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

OST, François. **Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez**. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8> Acesso em 21 de fevereiro de 2018.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34882.pdf> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

PITKIN, Hanna. **Obligation and Consent**. The American Political Science Review, v. 60, n. 1, 1966.

POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POST, Robert. **Constitutional Domains**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **Efeitos do julgamento do impeachment contra Dilma Rousseff**. São Paulo: 2016. Disponível em: <http://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-efeitos-julgamento-impeachment-contradilma-Rousseff-01092016>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff**. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>. Acesso em 24 novembro de 2016.

ROACH, Kent. **Dialogic Judicial Review and its Critics**. Supreme Court Law Review, v. 23, 2004.

SAGER, Lawrence G. **Justice in the Plainclothes: a Theory of American Constitutional Practice**. Yale University Press. 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Novo constitucionalismo democrático**. Pernambuco: 2015. Disponível em <http://novoconstitucionalismo.blogspot.com.br/2015/12/sobre-o-impeachment.html>. Acesso em: 20 de novembro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade**. In: (Coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Lumen Júris. Rio de Janeiro: 2007.

SCHIER, Paulo. **Presidencialismo de coalizão. Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Juruá. Curitiba: 2017.

SHAPIRO, Martin M.; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, & Judicialization**. Oxford; New York : Oxford University Press, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Edição do autor, 2004.

_____. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 607-630, 2003.

SIQUEIRA, Márcio Araújo de. **Acesso à Justiça uma realidade ou uma fantasia?**. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7479. Acesso em 21 de fevereiro de 2018.

SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos. **Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional**. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 43, jul/dez 2013. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/teorias_juridicas_contemporaneas.pdf> Acesso em 10 de março de 2018.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia Deliberativa**. Editora Renovar: Rio de Janeiro: 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Entrevista à Revista Consultor Jurídico - Conjur. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 22 de fevereiro de 2018.

_____. **Constituição é contra impeachment de Dilma por fato do mandato anterior**. São Paulo: 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-24/lenio-streck-constituicao-impeachment-mandato-anterior>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Havard University Press, 1999.

_____. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

_____.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitucional politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 1999.

TATE, Neal; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TREMBLAY, Luc. **The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, p. 617-6489, 2005.

TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. V. 1, New York: Foundation Press, 2000.

URBINATI, Nadia. **Representative Democracy**. University of Chicago Press, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá. 2009.

VASCONCELOS, Marcos de. **Impeachment sem inelegibilidade não é precedente para cassação de parlamentar**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-31/impeachment-inelegibilidade-nao-precedente-parlamentares>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

VAZ, Paulo Afonso Brum; FLORES, Vinicius Letti. **O impeachment e o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico**. Curitiba: 2016. In: Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 21, n. 21, dez. 2016. Edição especial.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez, 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e 'ativismo judicial à brasileira'**. Revista Direito GV, volume 4, número 2, jul.-dez. 2008.

VERMEULE, Adrian. **The interaction of democratic mechanisms**. Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, No. 09-22, 2009.

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

VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO, Flávia Martins de. **As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2018.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Ativismo judicial?** São Paulo: Folha de São Paulo - 18/03/2017a. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/03/1867655-ativismo-judicial.shtml?loggedpaywall>> Acesso em 10 de março de 2018.

_____. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo. p. 441-464, jul-dez/ 2008. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>> Acesso em 12 de janeiro de 2018.

VILANOVA, Lourival. **Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento**. Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, 1970.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação** (Tradução de Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A essência da oposição do Judicial Review**. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, Luiz (Org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **A right-based critique of constitutional rights**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

_____. **Law and Disagreement**. Clarendon Press Publication, 1999.

_____. **Rights and Majorities: Rousseau Revisited**. In Chapman, John W. e Wertheimer (orgs.). Majorities and Minorities. NOMOS XXXII. New York, New York University Press, 1990.

_____. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, v. 115, 2006.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **La judicializacion de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos**. Sur, Rev.int. direitos human. São Paulo, vol. 4, n. 6, p. 52-59, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=es>. Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de direito**. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O Estado de direito – história, teoria e crítica. Martins Fontes. São Paulo: 2006.

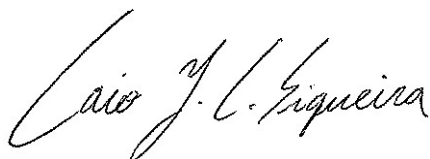
8. ANEXO A – TERMO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Mafra, 26 de abril de 2018.

TERMO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, Caio Julio Cesar Siqueira, professor de português, formado em *Letras - Português, Inglês e suas Literaturas* pela Universidade do Contestado - UnC, declaro para os devidos fins, que realizei a revisão ortográfica da dissertação de mestrado “**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AUTOCONTENÇÃO: UMA LEITURA DOUTRINÁRIA SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**”, da mestranda **MARIA LUIZA SCHERER LUTZ**.

Por ser expressão de verdade, firmo a presente declaração.



Prof. Dr. Caio Julio Cesar Siqueira