

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LARISSA BALSAMÃO AMORIM

**A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A TENSÃO ENTRE AS
FUNÇÕES MAJORITÁRIAS E CONTRAMAJORITÁRIAS E A
ABERTURA AO DIÁLOGO**

POUSO ALEGRE - MG

2019

LARISSA BALSAMÃO AMORIM

**A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A TENSÃO ENTRE AS
FUNÇÕES MAJORITÁRIAS E CONTRAMAJORITÁRIAS E A
ABERTURA AO DIÁLOGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, na linha de pesquisa Relações Sociais e Democracia, como requisito para obtenção do título de mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira

FDSM - MG

2019

0000

Amorim, Larissa Balsamão.

A expansão do poder judiciário: a tensão entre as funções majoritárias e contramajoritárias e a abertura ao diálogo. /Larissa Balsamão Amorim, 2019.129f.

Orientador: Professor Doutor Leandro Corrêa Oliveira.

Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre/MG, 2019.

1- Judicialização; 2- diálogos institucionais; 3- Estado Democrático de Direito; 4- Constitucionalismo.

CDU 340

LARISSA BALSAMÃO AMORIM

A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A TENSÃO ENTRE AS FUNÇÕES
MAJORITÁRIAS E CONTRAMAJORITÁRIAS E A ABERTURA AO DIÁLOGO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 22/04/2019

Banca Examinadora



Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas



Prof. Dr. Isadora Prévilde Bernardo
USP



Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG
2019

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Carlos e Daura, que não mediram esforços para a realização dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela saúde e todas as oportunidades que me foram me dadas.

Aos meus pais, Carlos e Daura, por todo o apoio, amor, carinho e incentivo aos estudos.

Ao meu marido, Marcelo, pela paciência, amor e, principalmente, pelo companheirismo nas nossas madrugadas de estudos.

Aos meus irmãos, Carlos e Letícia, que são meu maior orgulho, nos quais sempre busco me espelhar e que sempre estiveram presentes em todas as etapas da minha vida.

Ao professor orientador Leandro Corrêa de Oliveira, pela generosidade, ensinamentos e paciência, mas principalmente pelo exemplo de professor e pesquisador.

Aos Professores da Faculdade de Direito do Sul de Minas, desde a graduação, pela dedicação e pelos ensinamentos que foram tão importantes para minha formação acadêmica. E a todos os funcionários da faculdade que são essenciais para o sucesso da instituição.

Aos colegas do curso de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, por estarmos juntos nessa caminhada tão árdua (gratificante), por todas as palavras de incentivo e conforto.

À equipe Kleber Dantas Advogados Associados pela compreensão e incentivo para que eu pudesse concluir mais essa etapa da minha vida acadêmica.

A todos os amigos e todos que estiveram próximos me confortando nos momentos difíceis e vibrando comigo nas alegrias.

A todos, meu sincero muito obrigada.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”. (Albert Einstein)

RESUMO

Amorim, Larissa Balsamão. A expansão do poder judiciário: a tensão entre as funções majoritárias e a contramajoritárias e a abertura ao diálogo. 2019. 129f. **Dissertação de Mestrado** – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2019.

A presente dissertação busca analisar a expansão do Poder Judiciário e a possibilidade de preservar o Estado Democrático de Direito diante do fato que cada vez mais questões de grande repercussão política e social estão sendo decididas pelo poder contramajoritário. O objetivo do trabalho é analisar as possibilidades de atuação do Poder Judiciário no modelo representativo e as atribuições políticas da judicialização no sistema democrático. Verificará, também, se as teorias dialógicas podem ser alternativas para a tensão no constitucionalismo e democracia e de modo a abordar a legitimidade do *judicial review* e seus riscos à democracia. O trabalho utiliza como metodologia a pesquisa bibliográfica, documental e estudo de casos para analisar a legitimidade do Poder Judiciário em decidir questões de políticas públicas e a possibilidade de diálogo entre os poderes majoritários e contramajoritários, assim, um primeiro momento investiga o contexto histórico da expansão global do Poder Judiciário, o constitucionalismo contemporâneo e a não superação do modelo positivista, posteriormente através de análise de teorias e conceitos como backlash e many minds para analisar contraposições sobre a existência da crise da representatividade e a possibilidade de ampliar o debate entre os poderes institucionais. Por fim, através de investigação bibliográfica, a pesquisa traz as principais teorias do diálogo institucional estudadas por Christine Bateup e Roselind Dixon e a análise de jurisprudência com objetivo de verificar a possibilidade e viabilidade de aplicação das teorias de diálogos institucionais no Brasil. Ao final, conclui-se que o diálogo assume um importante papel para o Estado Democrático de Direito, objetivando uma perspectiva de um constitucionalismo cooperativo, no qual há uma comunicação interativa entre os poderes e a sociedade, repensando, assim, uma nova reconstrução para minimizar os efeitos da judicialização.

Palavras-chave: Judicialização; diálogos institucionais; Estado Democrático de Direito; Constitucionalismo.

ABSTRACT

Amorim, Larissa Balsamão. The expansion of the judiciary: the tension between the majority and countermajority functions and the opening to dialogue. 2019. 129f. **Masters dissertation** – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2019.

This dissertation seeks to analyze the expansion of the Judiciary branch and the possibility of preserving the Democratic Rule of Law given the fact that more and more issues of great political and social repercussion are being decided by the countermajoritarian power. The objective of this study is to analyze the possibilities of action by the Judiciary Branch in the representative model and the political attributions of judicialization in the democratic system. It will also check whether dialogical theories can be alternatives to the tension in constitutionalism and democracy and in order to address the legitimacy of judicial review and its risks to democracy. This study uses as a methodology the bibliographical research, document and case studies to analyze the legitimacy of the judiciary in deciding public policy issues and the possibility of dialogue between the main powers and countermajoritarian thus a first time investigates the historical context of expansion the contemporary constitutionalism and the non-overcoming of the positivist model, later through analysis of theories and concepts like backlash and many minds to analyze contrapositions on the existence of the crisis of representativeness and the possibility of expanding the debate between the institutional powers . Finally, through bibliographic research this dissertation brings the main theories of institutional dialogue studied by Christine Bateup and Roselind Dixon and study of jurisprudence with the objective of verifying the feasibility and feasibility of applying the theories of institutional Dialogues in Brazil. The conclusion is that dialogue plays an important role for the democratic rule of law, aiming at a perspective of a cooperative constitutionalism, in which there is an interactive communication between the branches of government and society, thus rethinking a new reconstruction to minimize the effects of the judicialization.

Keywords: Judiciary; institutional dialogues; Democratic rule of law; Constitutionalism.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A ESSÊNCIA DA OPOSIÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO.....	17
1.1 Judicialização da Política e ativismo judicial: uma distinção necessária	20
1.2 Deslocamento do pêndulo da legislação à jurisdição	27
1.3 A expansão global da Jurisdição	31
2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA CONFIGURAÇÃO DOS SENTIDOS	39
2.1 Neo-constitucionalismo e o constitucionalismo contemporâneo.....	40
2.2 O pan-principiologismo e a não superação do modelo positivista	47
2.3 A responsabilidade política <i>versus</i> “ <i>policies</i> ”	52
3 JUDICIALIZAÇÃO OU REPRESENTAÇÃO.....	58
3.1 A concepção tradicional do modelo representativo e a necessidade de sua superação.....	58
3.2 Qual o lugar da jurisdição?	64
3.3 O referencial “Many minds” e a humildade interpretativa – minimalista.....	69
4 TEORIAS DIALÓGICAS E BACKLASH	74
4.1 Interpretação e backlash.....	75
4.2 Relações de cooperação	83
4.3 Diálogos Institucionais	89
4.4 O diálogo no caso brasileiro	104
CONCLUSÃO.....	113
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUÇÃO

A disputa entre poder majoritário e contramajoritário sobre quem deve ter a “última palavra” ganha novos rumos a partir da historicidade do constitucionalismo¹ e da atribuição de legitimidade da Corte para decidir sobre a adequação de textos normativos que foram criadas pelos poderes majoritários que, no senso comum, se desdobram como consequência da omissão ou desconfiança das instâncias políticas. Os debates sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia é reflexo de um cenário de maior atuação do poder Judiciário envolvendo questões de largo alcance político e de repercussão moral na sociedade.

Do mesmo modo que o Poder Legislativo deve se pautar em parâmetros democráticos, há no ideal que o Poder Judiciário deve se limitar a decidir sobre a declaração de direitos individuais e das minorias, de modo que sempre florescem controvérsias se a “última palavra” em matéria constitucional deve ser mesmo mantida na Corte. O problema que se enfrenta é a tensão entre Constitucionalismo e Democracia, ou seja, o avanço da Justiça Constitucional no espaço Democrático, já que o constitucionalismo contribuiu para conferir novas atribuições ao poder judiciário e uma maior atuação e intervenção em questões de grandes repercussões políticas, adentrando em matérias antes reservadas aos poderes majoritários. Tal fato, revela a importância de se discutir a jurisdição constitucional e a teoria jurídica a partir de uma nova perspectiva.

¹ “A Constituição de 1988, para ser bem compreendida, pode e deve ser estudada também à luz de suas antecessoras, sem que isso implique, decerto, nenhuma interpretação retrospectiva. Há, na atual constituição, comandos herdados de constituições anteriores, e que, naturalmente, já foram interpretados no passado. Tais interpretações merecem ser recuperadas e compreendidas. [...] A função científica da história constitucional não é a de ser exemplar ou não-exemplar; é a de mostrar a mutabilidade da noção de constituição; é a de estudar sua relação com o desenvolvimento social e político das sociedades. O papel científico de uma história constitucional brasileira, em especial, deve ser o de revelar como se desenvolve o constitucionalismo num país periférico, orientado obsessivamente pela modernização. A democracia constitucional de 1988 não nasceu ex novo da constituinte, como Minerva da cabeça de Júpiter. Se a democracia é processo sempre inacabado, a história é seu natural reflexo.” LYNCH, Christian Edward Cyril, MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p.974-1007. Disponível em: DOI:<<https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>>. Acesso em 22 de dezembro de 2018.

Embora haja muitos estudos e críticas sobre a judicialização da política e o ativismo judicial², pouco se debate sobre qual seria a posição adequada e as atribuições políticas (se houverem) do Poder Judiciário no sistema democrático para que possa também representar os anseios da população. Talvez até mais relevante que as críticas ao ativismo judicial e o afastamento da utopia de que o Poder Judiciário intervém em questões políticas para suprir as omissões do poder legislativo, é de compreender e estabelecer qual seria o lugar do poder judiciário e suas atribuições no constitucionalismo contemporâneo a partir das alterações ocorridas no modelo tradicional democrático representativo.

Diante do debate sobre a quem deve-se atribuir o poder de dizer a última palavra, a dissertação tem como objetivo geral analisar o fenômeno da expansão do Poder Judicial e a legitimidade do Tribunal Constitucional para decidir sobre questões de grande repercussão social, além da atribuição de realizar revisão judicial. Para tanto analisará a viabilidade de um possível diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário a partir da utilização das teorias dialógicas para tentar minimizar a tensão constitucionalismo/democracia de modo que seja possível vislumbrar um possível caminho para o modelo democrático representativo.

Deste modo, analisaremos se é possível adaptar mecanismos institucionais como as teorias de diálogos institucionais, no cenário brasileiro, que possam permitir uma abertura na representação política através de novos desenhos institucionais de maior cooperação e responsabilidade político-constitucional. Buscaremos contribuir para o desenvolvimento de uma maior interação entre Legislativo e Judiciário na proteção aos direitos fundamentais, de modo a responder se é possível, sob os postulados do constitucionalismo e democracia, diminuir (ou melhorar) o desempenho do Poder Judiciário sobre questões políticas ou no seu exercício político. O trabalho se desenvolveu sob a hipótese de que, a partir de um alargamento na ideia da

² Ver BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Artigo publicado no site do conselho nacional de justiça. 2008 <http://www.cnj.jus.br/eacnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%2C%20ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf> ; TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial uma análise da atuação nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação apresentada no Programa de pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012; Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição Constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In Anais do X Simpósio nacional de direito constitucional. Biênio 2010-2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em 20/04/2018>.

democracia representativa, é possível estabelecer um equilíbrio cooperativo entres os poderes.

O estudo sobre os diálogos institucionais assume então um importante papel para o Estado Democrático de Direito, possibilitando uma perspectiva de um constitucionalismo cooperativo. As reflexões sobre o constitucionalismo cooperativo parte da procura de um equilíbrio comunicativo entre o compromisso normativo e a jurisdição. Assim, propõe-se uma tentativa de diálogo entre as instituições como possível solução para balancear e evitar uma sobreposição de um poder em relação a outro.

Com o intuito de propor um diálogo entre os poderes, faz-se necessária a realização de uma pesquisa de natureza analítica sobre as teorias dialógicas, com o objetivo de concretizar as diretrizes e programas constitucionais que sejam melhor condizentes à realidade brasileira³.

Para o desenvolvimento do tema, o escrito foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, de modo introdutório serão apresentadas as ideias fundamentais para a compreensão da discussão central. Será utilizada uma metodologia analítica e bibliográfica, tendo como principais pensadores Lenio Streck, Raou von Conegan, Tate e Vallinder. Será analisado o contexto histórico da expansão global do Poder Judiciário e a essência da oposição entre legislação e jurisdição. E a partir do marco teórico de Lenio Streck, estabelecer a correta distinção entre os termos ativismo judicial e judicialização da política para que seja possível determinar os limites de atuação do Poder Judiciário para saber diferenciar atitudes decisionistas e antidemocráticas de ações que demandem a intervenção da jurisdição constitucional⁴. Ou seja, distinguir quando a atuação do Poder Judiciário é contingencial, decorrente das novas atribuições do modelo constitucional ou quando a atuação jurisdicional passa a representar um problema para a democracia e juízes passam a decidir conforme a sua consciência.

Em uma perspectiva histórica, com o autor Raou von Conegan⁵, será demonstrado que a partir do movimento pendular, que o pêndulo nem sempre esteve

³ SILVA, Cecília de Almeida. Et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 199.

⁵ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

voltado para a supremacia do Poder Judiciário, já que Conegan abaliza que ora o pêndulo estava voltado para a supremacia interpretativa dos professores, ora para os legisladores, dependendo do contexto histórico, social e político de cada região. Após esta reflexão, analisará que decorrente de fatores históricos, sociais e políticos o movimento pendular está voltado primordialmente para a supremacia do poder judiciário e que esse fenômeno ocorre mundialmente⁶. Além disso, com o projeto de Tate e Vallinder⁷, serão analisados alguns dos fatores que desencadearam a expansão global do Poder Judiciário e a consequência desse fenômeno.

O segundo capítulo será dedicado à análise do constitucionalismo contemporâneo, aos novos poderes atribuídos ao Poder Judiciário e ao seu papel na configuração de sentidos. Buscará refletir se a judicialização da política, engatilhada pelo constitucionalismo, concedeu atribuições políticas às cortes e a possibilidade de decidir sobre questões políticas. A partir da obra de Lênio Streck, Ferrajoli e Miguel Carbonell, será analisada a crítica à terminologia neoconstitucionalismo e a não superação do modelo positivista. Isto porque a correta definição se faz necessária para que não surja a ideia de que juízes podem criar direitos acobertados pelo manto dos princípios, de modo que possam incentivar a recepção da jurisprudência de valores e contribuir para o aumento do ativismo judicial⁸. Ainda no segundo capítulo, será abordada a responsabilidade política da atuação do poder judiciário nas democracias representativas e como o desencadeamento de novas atribuições a esse poder não podem ser vistos como sinônimo de crise da representação política e omissão do Poder Legislativo⁹.

No terceiro capítulo, será analisada a concepção tradicional de democracia representativa e se, diante do protagonismo do poder judiciário e seu poder

⁶ GABDERBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. R. Opin Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul/dez.2017. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1836/594>>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

⁷ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995.

⁸ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trontta; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso; STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologimo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em terrae brasilis**. p. 337- 354. Revista juris poiesis 2013 <<http://portal.estacio.br/media/2484/revista-juris-poesis-n15.pdf>>; FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Ebook. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁹ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

contramajoritário, os tribunais podem fazer parte de uma nova modelagem de representação política. Ou seja, se há necessidade da superação do modelo representativo tradicional para alargar a participação de outros atores. Utilizaremos as obras de Thamy Pogrebischi, o conceito de *many minds*, de Cass Sustein, além da obra de Bernard Manin, que abordam contraposições sobre a existência de crise da representatividade ou se há uma má ou inadequada compreensão do governo representativo contemporâneo. A proposta a ser analisada é a de se ampliar o debate e o conceito de representação política para transcender o momento eleitoral, transcorrendo limites dos mandatos eletivos e alcance de institutos não majoritários, como por exemplo, as cortes constitucionais e atores não eleitos, de modo a atribuir legitimidade democrática para agir em interesses tanto da maioria quanto das minorias.

No último capítulo, o serão analisadas as teorias do constitucionalismo cooperativo, em especial as teorias dialógicas, apontando para a possibilidade de incorporar as teorias de diálogos institucionais para uma maior abertura na compreensão da representação política, além de uma maneira de a corte abandonar o maniqueísmo e reconhecer que há outras interpretações possíveis, principalmente dos poderes majoritários. Serão listadas as principais teorias de diálogos institucionais, suas possibilidades e críticas. Pretende-se analisar qual perspectiva dialógica melhor se adequa à realidade brasileira, realizando um estudo de caso a fim de responder se as teorias dialógicas poderiam ser mecanismos legítimos para balancear o jogo dos poderes e fortalecer a democracia brasileira. Para serem alcançados esses resultados, será utilizada uma abordagem guiada pela discussão das teorias dos diálogos institucionais a partir dos aportes teóricos de Christine Bateup e Roselind Dixon, de modo a estabelecer uma reflexão crítica sobre a posição do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Deste modo, serão catalogadas as principais teorias de diálogos institucionais, apontando suas características e importantes críticas, para que seja possível estabelecer a viabilidade de outros desenhos institucionais daqueles que comandam a tomada de decisões, seja pelo poder majoritário ou contramajoritário, não se limitando ao reconhecimento da supremacia de um poder sobre outro, e sim por uma maior interação constitucional entre o Legislativo e o Judiciário, buscando resolver e prevenir o ativismo ou reações adversas do Legislativo perante as decisões do Poder Judiciário. Analisará uma perspectiva que busca compreender que a teoria de

diálogos institucionais pode ser um mecanismo importante para diminuir ou minimizar a tensão entre constitucionalismo e democracia.

Diante dos diversos fenômenos e consequências advindas da expansão do Poder Judiciário, como a judicialização, o ativismo, *backlash*, o panprincipiologismo, e a tensão entre constitucionalismo e democracia, as teorias dialógicas embora não estabeleçam todas as respostas e verdades absolutas e inquestionáveis, buscam construir desenhos institucionais de maior interlocução entre as instituições, de modo que a responsabilidade pela configuração do sentido Constitucional seja repartida entre as instituições.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A ESSÊNCIA DA OPOSIÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO

A partir de uma análise histórico global, o período pós-guerra marca o surgimento do Estado Social, que sinaliza, como característica, o crescimento do Estado através da proposta do *Welfare State*. Tal fenômeno pode ter surgido como resposta à crescente demanda por igualdade socioeconômica¹⁰ e a expectativa de direitos, após o período de repressão de direitos e escassez de recursos, principalmente na Europa, em período de guerra. Acredita-se que esse foi um dos fenômenos que fez aflorar no mundo a busca por efetivação dos direitos que nem sempre puderam ser suportados através do próprio Estado. Assim, acredita-se que, por falta dessas garantias, iniciou-se a expansão e uma maior atuação da atividade jurisdicional.

A modelagem do *Welfare state* modificou diversas vertentes, regulamentando setores da economia, do social, como previdência, saúde, habitação, escolaridade, entre outros. Esse fato significou tanto a ultrapassagem do Poder Legislativo pelo Executivo – garantir maiores proteções e intervir de forma mais direta na sociedade – como também levou o mundo jurídico e suas instituições para dentro da administração pública¹¹.

No Brasil, a maior atuação do Poder Judiciário pôde ser experimentada com a promulgação da Constituição da República de 1988 - democrática e dirigente - após o período de governo autoritário e de intervenções militares¹², que gerou uma enorme expectativa para a concretização dos direitos fundamentais-sociais proposta pela

¹⁰ PAULA, Luiz Fernando Rodrigues de Paula. **Estado e Políticas sociais no Brasil**. Ver. Adm. Púb, Rio de Janeiro, out./dez.1992. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/26475/1/2002_art_ampcarvalho.pdf>. Acesso em 22 de novembro de 2018.

¹¹ VIANNA, Luiz Jorge Werneck. **O terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradução Republicada: mudança e conservação**. In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008. p.6. Disponível em: <<http://www.intranet.novo.ibmecrj.br/intranetaluno/download.php?recid=423>>. Acesso em 22 de novembro de 2018.

¹² TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. **A problemática da inefetividade constitucional no Brasil: O estado patrimonialista e o ativismo judicial**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n.4, Jan- Jun. p.98-113.

nova ordem constitucional dirigente e programática, como pode ser observado no próprio preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa do Brasil ¹³.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 despontou esperanças de uma nova realidade brasileira com os ideais de mudanças a partir de discursos de expansão dos direitos fundamentais, garantias e defesa dos direitos humanos (tratados ratificados após a segunda guerra mundial). Dentre esses e outros motivos que serão analisados no tópico seguinte, deslocou-se o pêndulo das esperanças de efetivação de garantias constitucionais ao Poder Judiciário, passando-se a buscar a concretização das transformações sociais através da jurisdição.

A tarefa da Constituição de 1988 foi de redemocratizar o país e buscar a superação das desigualdades sociais produzidas no decorrer da história. Porém, no caso brasileiro, por ser um documento democrático recente, a implementação constitucional da vida política passou a ter uma centralidade maior. Desse modo, a concretização do “Estado Social de Direito” passou a ser objetivo, tanto do ponto de vista político quanto jurídico, partindo do pressuposto da máxima da interpretação de aplicação do adjetivo “social” em um Estado que carece de tarefas sociais¹⁴.

A Constituição de 1988 outorgou ao Poder Judiciário o papel de guardião da constituição, concedendo competências extras como, por exemplo, o de exercer o controle de constitucionalidade e também a função de auxiliar na concretização das diretrizes constitucionais. Contribuiu também para a expansão do judiciário a maior autonomia confiada ao Ministério Público, os juizados especiais, a multiplicação de faculdades de direito, o maior acesso ao judiciário através da defensoria pública¹⁵. A

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10

¹⁵ A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em institucionalizar um órgão público apto à prestação de serviços jurídicos gratuitos. Assim, a Defensoria Pública inseriu-se na Constituição Federal de 1988 junto ao capítulo IV, das Funções Essenciais à Justiça. Do mesmo modo que o Ministério Público

Constituição de 1988 trouxe referência expressa ao Ministério Público no capítulo "Das funções essenciais à Justiça" e conferiu novas funções, destacando a sua atuação na tutela dos interesses difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, turístico e paisagístico; pessoa portadora de deficiência; criança e adolescente, comunidades indígenas e minorias étnico-sociais).¹⁶

O contorno histórico constitucional leva a um fortalecimento do Poder Judicial e sua expansão, de modo que o estudo e debate sobre a atuação da atividade jurisdicional passou a ser extremamente praticado entre juristas, pois o tema está comumente atrelado a essa atividade, abrindo possibilidades e riscos para a democracia¹⁷. O crescimento da jurisdição constitucional deslocou a discricionariedade para o Poder Judiciário de modo que a atribuição às Cortes do papel de guardião da Constituição e possibilidade de intervir em questões políticas, designa uma tensão em duas óticas divergentes: a preocupação pela legitimidade democrática em suas decisões, por ser um poder não eleito, e no importante papel do Poder Judiciário na proteção das minorias e efetivação da Constituição.

Neste ponto, os dois lados da tensão se tornam imprescindíveis, não podendo optar somente por um lado, escolher a democracia em prejuízo à proteção aos direitos fundamentais (constitucionalismo), portanto, torna-se importante construir condições para evitar a sobreposição da justiça constitucional sobre o próprio direito e de arranjos institucionais alternativos, como o uso das teorias dialógicas para minimizar a tensão alcançando as diretrizes constitucionais com menos riscos à democracia¹⁸.

(Seção I), a Advocacia Pública (Seção II) e a Advocacia (Seção III), a Defensoria Pública constitui instituição que contribui para o regular funcionamento da Justiça. Conforme dita o art. 134 da Constituição Federal: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

¹⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril, MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p.974-1007. Disponível em: DOI:<<https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>>acesso em: 22 de dezembro de 2018. Ver também Vianna, Luiz Jorge Werneck. **O terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradução Republicada: mudança e conservação**. In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008.

¹⁷ Vianna, Luiz Jorge Werneck. **O terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradução Republicada: mudança e conservação**. In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008. p.6. Disponível em: <http://www.intranet.novo.ibmecrj.br/intranetaluno/download.php?recid=423>. Acesso em 22 de novembro de 2018.

¹⁸SILVA, Alexandre Garrido da, and Ruan Espíndola FERREIRA. **Possibilidade de aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade**

1.1 Judicialização da Política e ativismo judicial: uma distinção necessária

As expressões “ativismo judicial” e judicialização da política foram atribuídas como sinônimos. Por isso, o ponto de partida desta pesquisa será fazer uma correta distinção entre os termos com objetivo de esclarecer que ativismo judicial e judicialização da política, embora sejam tratados como sinônimos, possuem significados diferentes. Pois, conquanto ambos tratem sobre uma maior atuação do Poder Judiciário na esfera social, deve-se diferenciar quando o Poder Judiciário atua adequadamente dentro dos seus limites para efetivar direitos constitucionais- judicialização da política-, dos atos decisionistas (atos de vontade) – ativismo judicial, de modo a entender que os termos são distintos, devendo ser dada atenção especial a essa diferenciação. A importância da correta distinção entre os termos deve ser analisada com o objetivo de ressaltar quando o Poder Judiciário está utilizando a correta atribuição de poder de jurisdição constitucional ou quando extrapola esse poder e as discussões passam a girar em torno de decisões motivadas pela vontade do julgador.

Para que se possa entender sobre a judicialização da política, é necessário entender que Política e Direito são termos conexos, ligados entre si. O declínio do Estado Liberal e as mudanças históricas/políticas/culturais advindas do pós-guerra, impuseram um Estado mais ativo. Assim, o Estado Social, encarrega-se da produção de direito e da realização de políticas públicas¹⁹ – esse cenário implicou alterações visíveis na teoria geral do direito, principalmente em relação à produção normativa. Pode-se dizer que o direito é um sistema que atua como instrumento de mudança social²⁰ e é utilizado como instrumento de implementação de políticas públicas²¹.

democrática. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI* (2012). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>>. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

¹⁹ Nesse trabalho usaremos o termo políticas públicas em referência a atividade política no sentido amplo de realizar algum objetivo de ordem pública. BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁰ GRAU, Erus Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto.** 9ed. São Paulo: Malheiros editora, 2014. p.20 a 32.

²¹ GRAU, Erus Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto.** 9ed. São Paulo: Malheiros editora, 2014. p.29

Desse modo, criou-se no imaginário nacional que o Poder Judiciário também tem o dever e a atribuição de instituir programas de políticas públicas para garantir os direitos previstos na Constituição. A jurisdição, de fato, tem cada vez mais, desenvolvido atribuições que tradicionalmente eram reservadas às instituições políticas, fato que resulta de diversas transformações desde o segundo pós-guerra. Dentre alguns outros motivos que se pode elencar estão: a) por ser um poder menos suscetível ao jogo político; b) por ter menos entrelaces com a corrupção; c) por ser, de fato, a atribuição desse poder garantir direitos; d) pelo fato de a redemocratização e uma série de direitos previstos na Constituição Federal de 1988 terem dado maior facilidade de acesso ao Poder Judicial a muitos atores, de modo a consentir que o Poder Judiciário manifeste-se de forma mais intensa sobre assuntos importantes para a sociedade²².

Assim, a grande questão que se levanta, em relação à judicialização da política, é saber o limite da atuação do Poder Judiciário, como afirma Streck:

Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte dos juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um zero grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenheorem da Constituição²³.

No Brasil, assim como em diversos países de “modernidade tardia”²⁴, a questão se torna ainda mais problemática, o estado social foi implementado de forma precária e insuficiente, não efetivando o modelo francês clássico, numa sociedade de bem-

²² WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da Política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. p. 39-85. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>. Acesso em: 14/04/2018.

²³ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 199.

²⁴ Quando falamos que o Brasil é um país de modernidade tardia, é necessário compreendermos antes de mais nada a modernidade e suas promessas. E o que podemos entender por modernidade? “A modernidade, oscilando de um ideal de “vida boa”, prometido pelas ciências e seus avanços acabou por constituir-se em um período transitório no qual uma fértil produção científica e uma vasta gama de decepções coexistiram, até que fortemente vinculada aos sistemas de produção sofre fortes influxos do capitalismo e do socialismo, e, ao mesmo tempo, passa por duas grandes guerras que colocam questões ligadas ao fracasso do projeto de “vida boa” e a importância da evolução científica que se mostrava tão generosa quanto perigosa”. SILVA F., Edson Vieira da; KALLAS F., Elias: **Nós Modernos: A crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira**. coord SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

estar, garantidor de moradia, saúde, alimentação, habitação²⁵. Promulgada, portanto, uma Constituição social, democrática e compromissária, a qual, diante da ineficiência regulamentação e efetivação das políticas públicas e da grande gama de direitos sociais, viu-se na necessidade de uma maior atuação do poder judiciário na arena política na busca de garantir os direitos previstos. Tais fatos, a título de exemplo, podem ser observados entre diversos casos, a decisão proferida na ADPF 45/DF (fornecimento de medicamentos pelo Estado²⁶), ou pelo mandado de injunção 708/DF²⁷, que conferiu o direito de greve aos servidores públicos civis, indicando a aplicação da consolidação de leis trabalhistas – CLT. Nesses casos, observamos demandas sobre questões políticas e sociais que estariam dentro do campo de atuação dos poderes majoritários, sendo decididas no âmbito jurídico.

A questão gira em torno de que o problema não é apenas a concessão de liminares judiciais no campo de políticas públicas e efetivação da Constituição, mas sim, quando os juízes confundem atitudes ativistas com a judicialização da política²⁸. Pois o Estado fica inerte à elaboração de políticas públicas para atender às determinações de juízes ativistas, gerando problemas à democracia e consequente enfraquecimento da cidadania e da própria Constituição.

O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/ omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo-essencial da

²⁵ STRECK. Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 p. 28.

²⁶ O Supremo Tribunal Federal publicou informativo 345 com objetivo de apresentar decisões importantes que remetem ao pensamento do Tribunal: ADPF 45 MC/DF* “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respetivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

²⁷ Mandado de Injunção 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes DJe nº206. Publicação 31/10/2008.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 202.

Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões²⁹.

Portanto, a judicialização é marcada por questões contingentes, que fogem do controle do Poder Judicial, que tem o dever de responder às demandas quando procurado, aliado com a previsão do artigo 5º, XXXV, da Constituição, quanto à possibilidade de invocar a jurisdição quando houver lesão ou ameaça de lesão a direitos³⁰. Dessa maneira, mesmo que a judicialização seja um fenômeno que decorre da atuação do judiciário, ela provém também de enfoques econômicos, sociais e políticos.

Diante dessas questões, o Poder Judiciário possui importante papel na efetivação dos direitos fundamentais para conseguir operar na transformação social, sem extrapolar suas funções e tornar-se ativista. Por ora, registra-se a linha tênue, mas extremamente essencial entre a diferenciação da judicialização da política e ativismo judicial.

Especificamente quanto à expressão ativismo judicial, é possível elencar algumas concepções que demonstram a dificuldade de estabelecer uma definição sobre o que ele é e o conflito gerado em consequência. Utilizam o termo ativismo como sinônimo do exercício revisional (controle de constitucionalidade) do Poder Judiciário, também como sinônimo da maior interferência do Judiciário com o aumento de demandas judiciais (neste caso, como se verá a seguir, trata-se mais do caso de judicialização). Abordam ativismo também como discricionariedade na função decisória, como aumento do Poder gerencial de demandas e processos judiciais³¹.

Com os apontamentos acima, verifica-se que há diversas concepções para o termo ativismo e muitas delas se confundem com o termo judicialização da política, sendo ambas tratadas como sinônimos e “primos”³². Ou ainda, mesmo quando

²⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 198-199.

³⁰ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **O que é isso, a crise de representatividade? Breves reflexões acerca da (difícil) relação entre legislação e jurisdição**. In *Constitucionalismo e democracia 2018: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*, coord SIMIONI, Rafael Lazzarotto. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018. p. 212.

³¹ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial uma análise da atuação nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação apresentada no Programa de pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012. p. 22.

³² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Artigo publicado no site do conselho nacional de justiça. 2008. <[http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%](http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%20)

buscam diferenciar as expressões, o fazem de maneira equivocada. A título de exemplo, o jurista Barroso³³ aponta os elementos característicos do ativismo judicial como sendo basicamente uma participação mais ativa e ampla do Poder Judiciário que interfira na esfera dos demais poderes. Mas, como se vê, essas características podem ser atributos próprios do papel da jurisdição pós-promulgação da Constituição Federal de 1988, não sendo em todos os casos hipóteses do ativismo judicial. Ou na apresentação do livro, *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal* que Barroso afirma: “Já o ativismo judicial é uma atitude: um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, dela extraindo regras não expressamente criadas pelo constituinte ou pelo legislador”.³⁴

Contudo, diferentemente de judicialização da política, o ativismo judicial é relacionado a um problema de interpretação, ou seja, quando o julgador decide conforme sua vontade ou consciência, ou faz uma interpretação muito mais extensiva que aquela prevista na Constituição, baseado em sua convicção e vontade. Desse modo, o ativismo estaria presente quando o Poder Judiciário não concretiza o texto constitucional e, além disso, quando decide conforme sua consciência, desvirtuando a regra.

Por ser o ativismo algo relacionado à vontade do intérprete e estar ligado diretamente a um comportamento do julgador, pode-se dizer que é algo que o Poder Judiciário poderia controlar. Quando se fala de ativismo judicial, o julgador está agindo conforme o seu ímpeto (fazendo juízo de moral, ética, política) e não conforme a Constituição.

Aqui está um problema de democracia, pois a interpretação deve ser a Constituição e a sua leitura deve seguir as intenções ocorridas no campo majoritário. Ou seja, a atuação ativista pressupõe uma posição mais ativa do poder Judiciário, assumindo funções de poderes majoritários e ações de políticas sociais de acordo

C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 13 de março de 2018.

³³ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Artigo publicado no site do conselho nacional de justiça. 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 13 de março de 2018.

³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.26.

com suas próprias vontades no lugar das do legislador, que, na verdade, é o poder majoritário.

Em resposta a uma entrevista publicada pela revista Espaço Jurídico: *Journal of Law* (EJJ) sobre ativismo e a judicialização da política Lenio Streck, esclarece:

O ativismo judicial no Brasil deixaria Duncan Kennedy corado. Para mim, não existe “bom ativismo”. Ele é pernicioso para a democracia. Deve, pois, ser evitado. Na minha teoria da decisão, tenho colocado um conjunto de mecanismos para, primeiro, identificá-lo e, na sequência, evitá-lo, enfim, controlá-lo. Mormente no lugar mais sensível do ativismo, o direito a saúde e a educação, há três perguntas fundamentais a serem respondidas: está o judiciário diante de um direito fundamental, subjetivamente exigível? Este direito, em situações similares, pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir? Por fim, se é possível transferir recursos das outras pessoas para fazer aquela ou um grupo feliz, sem violar a isonomia no seu sentido substancial, já levando em conta toda a força do estado social previsto na Constituição? Se uma das respostas for negativa, não se está diante de uma judicialização, mas, sim, de uma atitude ativista. Tenho escrito muito sobre isso. Ativismo é o modo como o judiciário introduz a moral no direito. É como se o legislador e o poder constituinte não tivesse discutido na esfera pública as questões relacionadas à moral e à ética, por exemplo. E que o juiz é a figura transcendental apta a incluir a moral. Ora, isso é antidemocrático³⁵.

No mesmo sentido, apontando a diferença entre judicialização e ativismo judicial, tem-se a conclusão da pesquisa realizada pelo grupo de estudos nacionais de Direito Constitucional, coordenada por Rafael Tomaz de Oliveira:

Efetivamente, as origens dos fenômenos são distintas. Mas não se trata apenas disso: os contornos de cada um – sua “carga genética”, por assim dizer – demonstram que cada um dos fenômenos participa de famílias diferentes. Antecipando nossa conclusão: enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante; a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional³⁶.

³⁵ Entrevista concedida por Lenio Streck publicada na revista Espaço Jurídico: Journal of Law (EJLL). Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 387-410, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/11996>. Acesso em 13 de março de 2018.

³⁶ Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição Constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In Anais do X Simpósio nacional de direito constitucional. Biênio 2010-2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

A correta distinção entre judicialização da política e ativismo judicial se mostra essencial para o desenvolvimento deste trabalho. O constitucionalismo trouxe muitas mudanças para o Poder Judicial, aumentando sobremaneira as suas atividades. É necessário enfatizar a importância da jurisdição constitucional distinguindo as atribuições constitucionalmente investidas ao poder judiciário daquelas eivadas pelo ativismo.

Neste sentido, a origem da judicialização da política deve ser buscada, de um lado, na iniciativa do legislador, e, de outro, nas demandas da cidadania no sentido de encontrar proteção dos seus direitos contra o Estado e as empresas. A origem de um processo social, porém, não contém em si todas as possibilidades do desenvolvimento da sua trajetória, sujeito, no seu curso, a muitas outras influências. Assim com os juizes, de início estranhos à nova institucionalidade, quando não refratários a ela, com as transformações gerenciais produzidas em seu corpus, que com a emergência de uma nova bibliografia, e, talvez sobretudo, diante da crise do sistema de representação política, passa a se orientar pela filosofia política expressa na Constituição que pressupõe um Judiciário, na medida em que compreendido a serviço do ideal de igualdade, como instrumento da concretização dos direitos fundamentais³⁷.

Desse modo, o problema que decorre do ativismo judicial pode ser relacionado por decisões vinculadas à vontade do juiz, deixando de lado a Constituição Federal, podendo encontrar guarida em um governo de juizes. Não se pode encobrir o fato de o Poder Judiciário ser um poder contramajoritário, no qual pode ocorrer o déficit democrático ao se sobrepor às leis impostas pelos poderes majoritários, de modo que diferenciar o ativismo judicial significa apontar as devidas críticas à atuação jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Desse modo, para a construção dos sentidos e significados da Constituição deve-se atribuir o correto papel interpretativo da jurisdição constitucional e considerar também o papel dos demais atores³⁸.

³⁷ WERNECK VIANNA, Luiz. **O ativismo judicial mal compreendido**. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em: 10 de abril de 2018

³⁸ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **O que é isso, a crise de representatividade? Breves reflexões acerca da (difícil) relação entre legislação e jurisdição**. In *Constitucionalismo e democracia 2018: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*, coord. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018, p. 213.

1.2 Deslocamento do pêndulo da legislação à jurisdição

Veremos que, ao longo da história, nem sempre houve o predomínio do poder Judiciário sobre os outros poderes. O momento histórico, político e a cultura de cada região foram fatores determinantes para observar a ascensão de cada poder em determinado período. Não há como negar que o movimento constitucionalista pós 1945, de uma maneira global, trouxe um novo posicionamento ao poder Judiciário, que passou a ocupar importante mecanismo de resolução de controvérsias políticas e de garantia de direitos.

Embora quase toda a discussão dos juristas e da academia estejam voltadas ao fenômeno da expansão judicial global, Van Caenegem³⁹, em sua obra “Juízes, Legisladores e Professores”, apresenta, a partir de um contexto histórico-jurídico-institucional e político, que nem sempre a supremacia foi do poder judiciário. Ela se alternou entre legisladores, professores e juízes, apresentando sequências históricas de procedência entre os institutos.

Os juristas, para o autor, eram o grupo social que se tornava o emissário do direito. Dependendo de épocas e lugares, esses juristas eram professores ou intelectuais, em outras, juízes ou legisladores. Tal alternância dependia, principalmente, das variações de organização social e cultural de região em região.

Na Itália, onde o direito erudito e o saber jurídico se originaram, os professores que detinham a chave para o verdadeiro entendimento do *Corpus Juris*, foram proeminentes do século XII até o advento dos códigos modernos. Na Inglaterra, da segunda metade do século XII até as grandes reformas do século XIX, os juízes fizeram e controlaram o *common law* [...]. Na Alemanha, o direito costumeiro como “descoberto” pelas magistraturas locais e regionais reinou supremo na Idade Média, até ser substituído, do séc. XVI até o Código Civil de 1900 [...] Na França o judiciário, o legislativo e os autores passaram a maior parte do tempo em um peculiar estado de equilíbrio, sem que nenhum dominasse completamente o outro⁴⁰.

Vale abordar, mesmo que de forma resumida, os estudos científicos do Direito sobre o *common law* inglês, suas especificidades e contribuições para o estudo do Direito. O *common law* não foi “produzido pela cultura inglesa”, por exemplo, mas

³⁹ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁴⁰ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.49.

surgiu, como cita José Reinado de Lima Lopes, a partir de uma específica organização social e política e um contexto histórico,

Fruto da supremacia militar do rei, particularmente de Guilherme, o conquistador, combinada com instituições tipicamente feudais trazidas nas bagagens dos normandos, que permitiu essa especificidade inglesa⁴¹.

O *common law* inglês não permaneceu inalterado. Após a Revolução Gloriosa, foi reestruturado⁴², de modo ser fantasioso pensar que foi fundado somente por juízes, pois a Inglaterra foi berço de grandes intelectuais que interferiram diretamente no direito. Por outro lado, países como França e Alemanha tomaram rumos bem diferentes da Inglaterra, seja por motivos políticos ou sociais. O objetivo de Caenegem é apresentar um olhar histórico e não estático ao direito e à supremacia das instituições, baseando-se em um contexto social e político para cada região. Pode-se, então, comparar o direito, em relação às instituições e suas fontes, a partir de um movimento pendular que ora está voltado aos professores, ora ao poder judiciário, e ora aos legisladores.

A singularidade do direito inglês chama a atenção por sua predominância para o Poder Legislativo, mas no séc. XVIII, pode-se dizer, a realidade histórica era de uma visão minimalista do Poder Legislativo, porque a “legislação era considerada uma atividade marginal do parlamento [...] o Direito não era considerado algo que se fizesse, ele simplesmente existia”⁴³. Assim, o poder de legislar era subsidiário à função.

Incrivelmente, apesar de a Grã-Bretanha ser um *rechtsstaat*⁴⁴, ela não possui uma constituição. E não é simplesmente o fato de não existir uma constituição escrita, mas de não existirem leis fundamentais, sendo que o parlamento não utiliza os modos

⁴¹ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Apresentação do livro feita por José Reinado de Lima Lopes.

⁴² CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p 7-10.

⁴³ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p 18.

⁴⁴ Tradução- O Estado organizado em torno do princípio do estado de direito e dos direitos individuais. WADRON, Jaremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003, p.7.

tradicionais para modificar ou abolir leis. Nesse sentido, entende⁴⁵ John Wiedhofft Gough que o parlamento é soberano,

O direito é fundamental quando não pode ser alterado ou revogado por procedimento legislativo ordinário. Hoje, na Gra-Bretanha... o parlamento é uma legislatura soberana e, portanto, não há nenhum Direito Fundamental nesse sentido na moderna constituição britânica⁴⁶.

Caenegem, aponta que a ausência da carta de direitos e a possibilidade de modificar e abolir os precedentes judiciais é consequência da onipotência e supremacia do parlamento inglês⁴⁷. E que este fato pode ser explicado através da história das instituições políticas inglesas.

Para o autor, a supremacia legislativa está apoiada em dois fundamentos, o primeiro de que o parlamento não pode obrigar, e nem ser obrigado por outro parlamento, de modo que não há lei que o parlamento não possa fazer ou desfazer. O segundo é que o judiciário não pode recusar aplicar uma lei com fundamento de ser incompatível com a constituição ou com os princípios do *common law*⁴⁸.

Para Gardbaum, a supremacia legislativa transparece que o parlamento não é juridicamente limitado, os legislativos constituíam a forma mais elevada de lei, pois qualquer lei poderia ser emendada ou revogada por eles. Não existia outro poder para questionar os atos do legislativo⁴⁹.

Observa-se que, até o ano de 1945, o pêndulo era voltado para o modelo da supremacia legislativa. Esse era o modelo predominante, não somente na teoria britânica de soberania parlamentar, mas também avistado na doutrina francesa, e diversos outros países da Europa Ocidental.

⁴⁵ GOUGH, John Wiedhofft. **Fundamental law in English constitutional history**. Oxford, 1995. *Apud* CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15.

⁴⁶ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15

⁴⁷ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15

⁴⁸ CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. p. 16. A teoria da supremacia legislativa entende ser usurpação da função legislativa pelo judiciário a recusa de aplicação de lei por alegação de ser incompatível com a constituição.

⁴⁹ GARDBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. R. Opin Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul/dez.2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1836/594>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

No século XVIII, enquanto na Grã-Bretanha, por exemplo, o pêndulo estava totalmente voltado para o Parlamento, sua supremacia era de tal maneira que as leis tinham que ser obedecidas e aplicadas independente de qualquer poder. Nos Estados Unidos, o movimento pendular se inclinava em direção a outro poder, iniciando um movimento pendular para a o judiciário, no qual havia uma constituição escrita e a aceitação da revisão judicial da constitucionalidade das leis.

A partir de uma observação histórica-política da diferença existente entre a supremacia parlamentar da Grã-Bretanha e a supremacia Judicial dos Estados Unidos, tem-se que Coke⁵⁰ tinha razões para temer um rei absoluto e seu parlamento, e era compreensível que os americanos não quisessem ficar inteiramente sujeitos a um parlamento que os taxava sem lhes conceder representação, defendendo a supremacia do *Common Law*. Os proprietários britânicos, porém, não tinham nenhuma razão para ter medo das Câmaras de Westminster, compostas de homens de sua própria classe. Os Lordes e os representantes escolhidos da pequena nobreza e dos burgueses bem-sucedidos não atacariam nenhum interesse básico de seus colegas proprietários e eleitores⁵¹.

Na época da Guerra da independência dos Estados Unidos, havia duas frentes e concepções teóricas de juristas ingleses para seguir. De um lado, a teoria da soberania do parlamento defendida por Blackstones. De outro, Edward Coke, jurista inglês que atuou não apenas como juiz, mas também na função parlamentar, que defendia a supremacia dos princípios fundamentais do *Common Law* e a ideia de que os juízes deteriam conhecimentos específicos para reconhecer a essência e aplicabilidade aos casos concretos do *Common Law*⁵². Os Estados Unidos seguiram

⁵⁰ SANTIAGO, Marcus Firmino; SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa; LONGO, Fernando José. **Fundamentos Históricos e conceituais do constitucionalismo norte Americano: conhecendo o passado para compreender o presente**. Revista jurídica luso brasileira. Ano 3, n4. 2017. p. 1104-1105. <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_1087_1121.pdf>. Acesso em 23 de dezembro de 2018.

⁵¹ SANTIAGO, Marcus Firmino; SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa; LONGO, Fernando José. **Fundamentos Históricos e conceituais do constitucionalismo norte Americano: conhecendo o passado para compreender o presente**. Revista jurídica luso brasileira. Ano 3, n4. 2017. p. 1104-1105. <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_1087_1121.pdf>. Acesso em 23 de dezembro de 2018. p. 16.

⁵² SANTIAGO, Marcus Firmino; SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa; LONGO, Fernando José. **Fundamentos Históricos e conceituais do constitucionalismo norte Americano: conhecendo o passado para compreender o presente**. Revista jurídica luso brasileira. Ano 3, n4. 2017. p. 1104-1105. <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_1087_1121.pdf>. Acesso em 23 de dezembro de 2018

em direção oposta da supremacia parlamentar, optando politicamente pelos princípios constitucionais e pela possibilidade de revisão judicial de constitucionalidade.

A fim de proteger e propagar maiores compromissos com os direitos fundamentais e liberdade, a supremacia legislativa deixou de ser dominante não só nos Estados Unidos, mas como uma onda mundial⁵³ pós 45, invadiu diversos países, Alemanha, Itália, França, e posteriormente, Polônia, Rússia, Hungria, Brasil. Vários fatores podem ser apontados para esse deslinde, como o crescimento do constitucionalismo, o avanço das leis para a proteção de direitos fundamentais pós-guerra mundial, a adoção da revisão judicial da constitucionalidade, concessão de maiores atribuições ao poder judicial e, principalmente, a necessidade de evitar poderes totalitaristas e violações aos direitos humanos.

Pode-se dizer, assim, que, de um modo global, houve o deslocamento do pêndulo da supremacia legislativa para a supremacia judicial, cominando limites à atuação parlamentar e concedendo ao poder judiciário atribuição de revisão.

1.3 A expansão global da Jurisdição

A expansão do Poder Judiciário, embora seja tema recentemente debatido no Brasil, ganhou maior relevo após a Constituição de 1988, mas não é novidade no cenário mundial. O fim da segunda guerra mundial foi um marco histórico que impulsionou o movimento sociocultural de expansão da Jurisdição de âmbito internacional.

Chester Neal Tate e Torbjon Vallinder⁵⁴ contribuem para o estudo da Jurisdição Constitucional, conceituando e explorando de forma aprofundada as prováveis condições institucionais e comportamentais sob as quais a expansão judicial global ocorre. O poder atribuído ao judiciário de revisar de ações executivas e legislativas pode ser considerado a forma mais emblemática atribuído ao fenômeno da expansão Judicial e à revisão judicial, o caso mais estudando e comentado, embora não seja o

⁵³ GARDBAUM Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. R. Opin Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul/dez.2017. Disponível em: http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/op_iniaojuridica/article/view/1836/594. Acesso em 23 de dezembro de 2018.

⁵⁴ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995.

primeiro⁵⁵, *Marbury vs. Madison*, ocorreu nos Estados Unidos em 1803. Tratou-se da decisão do Juiz Marshall em conceder o poder para julgar sobre a inconstitucionalidade e deixar de aplicar leis federais incompatíveis com a Constituição. Resumidamente, trata-se de um litígio envolvendo *writ of mandamus* entre o juiz de paz William Marbury e o secretário de estado James Madison. Nas eleições presidenciais de 1800, John Adams perdeu para Thomas Jefferson, mas buscou manter-se no controle do estado nomeando juizes em cargos importantes como, William Marbury. Porém Marbury, não foi nomeado a tempo antes da posse de Thomas Jefferson, que se recusou a fazer a nomeação, assim, William Marbury recorreu diretamente à Suprema Corte norte americana o pedido para que o então Secretário de Estado, James Madison, o empossasse como Juiz de Paz. Thomas Jefferson, ao tomar posse da presidência, ordenou a Madison a negativa da investidura de Marbury, o que fez com que Marbury utilizasse a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que ortogava à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridade pública. A corte reconheceu o direito de Marbury ao cargo, contudo negou o pedido formulado no *mandamus*, com fundamento de que a Constituição permite apenas a jurisdição à Corte neste caso em sede de recurso. Assim a Corte Marshall julgou inconstitucional e deixou de aplicar a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, decidindo sobre o controle de constitucionalidade ^{56 57}.

A partir de então, a Suprema Corte estabeleceu a revisão judicial como sendo característica do governo Americano. Os poderes majoritários e assembleias eleitas pelo sufrágio universal passaram por uma visão cética de vários juristas importantes da época. Em pauta nas discussões, estavam a importância do sistema constitucional e dos tribunais⁵⁸.

⁵⁵ Ver SANTOS, Michele Carvalho e OLIVEIRA, Leandro Correa de. **O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundamentação da supremacia judicial**. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n.3, p.325-347, set./dez. 2018.

⁵⁶TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995 p. 30.

⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 76-77. Fragmento da decisão pode ser visto em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marburyfragment.jpg>. Acesso em 20 de junho de 2018.

⁵⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 76-77. Fragmento da decisão pode ser visto em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marburyfragment.jpg>. acesso em 20 de junho de 2018. p.31.

Para Cecilia et al., foi a partir do séc. XX que a Suprema Corte americana passou a ter maior atuação no sistema político.

O ambiente que proporciona essa incorporação da Suprema Corte como detentora da última palavra deu-se por conta da politização verificada no processo de judicial review em meio aos conhecidos conflitos contemporâneos inerentes à chamada “Era Warren” e ainda a outros momentos relevantes de potencialização de conflito entre poderes ocorrido perante a Corte Suprema⁵⁹.

A Corte de Warren (1953 a 1969), marca a Era Moderna, o qual a Corte se envolveu em vários casos famosos, os quais abarcam assuntos polêmicos e de comoção social, como por exemplo, segregação racial, reordenação de distritos federais, liberdade de expressão e casos criminais. A Corte de Warren tinha tendências liberais, prova disso é o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, sendo um exemplo de ativismo judicial norte-americano, que por influência de seu Chefe de Justiça, estimulou mudanças sociais mais positivas e atuantes, sendo chamada de revolução judicial.⁶⁰

Tate e Vallinder afirmam que, no período pós-Segunda Guerra Mundial, houve uma expansiva atribuição aos tribunais e juízes. A judicialização da política aconteceu em diversos países por diferentes motivos, entretanto, apontam como causas gerais e determinantes para a ocorrência desse fenômeno, três fatores.

O primeiro fator foi que, durante a segunda guerra mundial, com a ascensão dos regimes totalitários na Europa e a total vedação aos direitos dos cidadãos, despertaram questionamentos por parte dos democratas⁶¹. Outro fator decorrente é que, com o fim da guerra, os países estavam em busca da reconstrução social e econômica e, para controlar os abusos do poder executivo, buscavam reformar o Poder Judiciário para que se pudesse voltar a exercer suas funções e defender os direitos individuais. Um terceiro fator apontado, é que, após a Segunda Guerra, estudiosos filosóficos, cientistas políticos e juristas passaram a desenvolver teorias

⁵⁹ SILVA, Cecília de Almeida, et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p 24.

⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição Constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In Anais do X Simposio nacional de direito constitucional. Biênio 2010-2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2018.

⁶¹ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p 32.

baseadas no direito e sobre a revisão judicial. São exemplos, a tese de John Rawls com o livro *Teory of judice de 1971*, e Ronald Dworkin, através do livro *Taking Rights Seriously de 1978*.

Ainda, podemos apontar o fato de que os Estados Unidos surgiram como uma superpotência democrática após a Segunda Guerra mundial. Esse fator contribuiu sobremaneira para a expansão do Poder Judiciário, pois o sistema político norte americano do *Judicial Review* passou a influenciar outros países⁶². A Constituição dos Estados Unidos da América possui como adjetivo a seu favor uma bem-sucedida e vitoriosa revolução. Ela carrega em seu cortejo o pensamento constitucionalista e um sistema de governo no qual o Poder Legislativo deve ser juridicamente limitado pelos tribunais⁶³.

Diversos países sofreram influências dos Estados Unidos e também de várias organizações que atuavam em defesa dos direitos humanos, como a Carta das Nações Unidas de 1945, as várias convenções da ONU e, principalmente, a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem⁶⁴.

No cenário Europeu, a partir do constitucionalismo pós 45, a jurisdição constitucional foi estabelecida como importante mecanismo democrático, concedendo maiores competências e intervenção ao tribunal, por ser alternativa para evitar violação constitucional. Principalmente no campo dos direitos fundamentais, diante da atribuição aferida à corte da guarda da constituição⁶⁵.

A expansão do Poder Judiciário na Europa e sua característica de poder jurisdicional neutro não inquietou os “questionamentos sobre a natureza política das decisões atinentes à efetividade da Constituição”⁶⁶. Importantes obras como de Garcia de Enterría⁶⁷, que entendia que o poder jurisdicional constitucional era também uma

⁶²TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p, 35.

⁶³ GARDBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. R. Opin Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul/dez.2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1836/594>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

⁶⁴ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p 36.

⁶⁵ SILVA, Cecília de Almeida. **Diálogos institucionais e ativismo**.1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

⁶⁶ SILVA, Cecília de Almeida. **Diálogos institucionais e ativismo**.1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p 26.

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. Ed. Madrid: Civitas, 2001.

atividade política no ponto de vista de afirmar e efetivar a constituição. Garapon⁶⁸ e Ahumada Ruiz têm como pensamento principal que os tribunais, em democracias, não possuem somente o papel de guardiões da constituição, mas, principalmente, de garantir a eficácia da Constituição, problematizam a questão de que poderes majoritários podem ser retirados de debates políticos ou o risco de se construir uma visão da Constituição que não seja através de poderes majoritários⁶⁹.

Tate e Vallinder apontam uma interessante perspectiva em relação à expansão global da judicialização:

E o futuro? As perspectivas diferem claramente de país para país dependendo das tradições constitucionais e da situação política. No entanto, parece pouco provável que o processo em curso de judicialização seja reservado ou mesmo interrompido. Já se espalhou, até certo ponto, na Europa de Leste. A Hungria, por exemplo, promulgou uma lei dos direitos e estabeleceu um tribunal constitucional. Desenvolvimentos semelhantes podem ser encontrados em ex-ditaduras for a do mundo ocidental. No final, um novo equilíbrio será talvez estabelecido em muitos países entre os direitos dos cidadãos e os direitos e obrigações da maioria (legislativa)⁷⁰.

Pode-se dizer assim, que a expansão do Poder Judicial é notória e relevante em vários sistemas políticos do mundo, citando países como Canadá, França, Alemanha, Índia, Israel, Itália, Malta, Filipinas, Suécia, América Latina. Castro⁷¹ exemplifica que o fato de na França e na Alemanha os membros da Corte Constitucional serem nomeados pelo Presidente da República, Presidente da

⁶⁸ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁶⁹ AHUMADA RUIZ, Marian. **La jurisdicción constitucional en Europa**. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

⁷⁰ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p 37. Original: "What about the future? The prospects clearly differ from country to country, depending on the constitutional traditions and the political situation. However, it seems hardly likely that the ongoing process of judicialization will be reverse or even brought to stop. It has already, to some extent spread in Eastern Europe. Hungary, for instance, has enacted a bill of rights and established a constitutional court. Similar developments can be found in former dictatorships outside the Western world. In the end a new equilibrium will perhaps be established in many countries between the rights of the citizens and rights and obligations of the (legislative) majority".

⁷¹ CASTRO, Marcus Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista brasileira de ciências sociais, 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

Assembleia e do Senado, ajudou, de certa forma, no fenômeno da politização da justiça, já que, neste processo de nomeação tem-se fortes vínculos partidários.

Na Inglaterra, a proibição administrativa, estabelecida pelo governo de Margaret Thatcher, de formação de sindicatos no serviço público, bem como a política de fechamento de escolas do sistema público de ensino secundário, sem consulta prévia aos pais de alunos, sofreram a intervenção dos tribunais (Sterett, 1994). Na Itália, a "politização" da magistratura judicial através de reformas na estrutura da carreira e dos órgãos de representação profissional desde o final da década de 1960 (Guarnieri, 1991), determinou um aumento de intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a defesa de "interesses difusos" e a repressão ao terrorismo (e mais recentemente à corrupção)⁷².

A história, após o segundo pós-guerra, foi marcada por concepções do constitucionalismo democrático, do estado do bem-estar social e a ampliação da autonomia institucional do Judiciário, de modo a ser incorporado também como expressão da vontade soberana. E, ainda, a frustração do *welfare state* cominou na sociedade exposta e desamparados de proteção e, neste cenário, as esperanças da defesa e garantias de direito são levadas às instituições Jurídicas, que se deslocam a um papel de destaque⁷³.

Os autores Tate e Vallinder elencaram algumas das principais condições que, para eles, foram facilitadoras para a expansão do Poder Judiciário de forma global. A começar pela democracia, avaliaram que dificilmente poderia existir essa expansão em países não democráticos. Apesar da possível ameaça à democracia (a regra da maioria) é difícil pensar, por exemplo, um ditador conceder poderes ou permitir que juízes interfiram na política. Desse modo, observam que a presença de um governo democrático parece ser pré-condição para a expansão do poder judiciário⁷⁴.

Apontam também a "*Politics of Rights*" como condição facilitadora, e fundamentam que quando desenvolvida uma estrutura de direitos constitucionais, os

⁷² CASTRO, Marcus Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** *Revista brasileira de ciências sociais*, 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

⁷³ Vianna, Luiz Jorge Werneck. **O terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradução Republicada: mudança e conservação.** In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira.* São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008. p.8. Disponível em <http://www.intranet.novo.ibmecrj.br/intranetaluno/download.php?recid=423>. Acesso em: 22 de novembro de 2018.

⁷⁴ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics.** In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p 42.

direitos individuais ou de minorias passam a ser reforçados mesmo que contra a vontade de maiorias. O que, por consequência, pode gerar um cenário de maior visibilidade e maiores poderes políticos aos juízes que institucionalmente possuem facilidades para favorecer as minorias sobre as maiorias. Assim, quanto a essa legitimidade concedida aos tribunais, eles passam a ser atores principais na “*Politics of Rights*”⁷⁵. Neste pensamento, observam que a judicialização da política não se desenvolveu separadamente de interesses sociais e econômicos, mas sim, a partir de um grupo de interesses que não consideravam as decisões da maioria tão vantajosos e avistaram nos tribunais oportunidades de efetivar seus objetivos e interesses.

Para Tate e Vallinder as instituições majoritárias ineficazes são condições facilitadoras para a expansão do poder judiciário, uma vez que haverá uma maior concentração ao Poder Judiciário de demandas para efetivação de direitos e desenvolvimento de políticas públicas quando o executivo e legislativo se demonstram incapazes de governar ou apoiar as maiorias legislativas⁷⁶.

Quando o público e os líderes de grupo de interesses e as principais instituições econômicas e sociais vêem as instituições majoritárias imobilizadas, egoístas ou mesmo corruptas, não é de estranhar que elas concederiam a formulação de políticas ao judiciário, quem tem reputação de especialistas e rectidão, tanto quanto ou mais legitimidade que as do executivo e legisladores. Essa tendência só deve ser acelerada quando as instituições governamentais⁷⁷.

Outra questão apontada por Tate e Vallinder de contribuição para a expansão do judiciário é que as instituições majoritárias delegam suas funções ao Poder Judiciário para resolver questões que não são relevantes para se manter no poder, ou até questões impopulares às quais o poder político não quer se opor à opinião pública, evitando enfrentamento direto com questões controversas e de grande impacto para a sociedade. Trazem, como exemplo, o fato de que muitas legislaturas

⁷⁵TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995, p. 44.

⁷⁶ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p 45.

⁷⁷ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p. 46. *Original*: “When the public and the leaders of interest groups and major economic and social institutions view the majoritarian institutions as immobilized, self-serving, or even corrupt, it is hardly surprising that they would accord the policy-making of judiciaries, who have reputations for expertise and rectitude, as much or more legitimacy as that of executives and legislature. This tendency should only be accelerated when judicial institutions are accorded more respect or legitimacy than other government institutions”.

estadunidenses querem deixar nas mãos dos tribunais as questões referentes à política do aborto, reforma e financiamento de prisões, uniões homoafetivas, minoridade penal entre outros..., para se esquivar das consequências de decisões em assuntos de grande comoção social ou de beneficiar grupos ignorados ou impopulares⁷⁸.

Todos os pontos e questões acima levam ao resultado de uma crescente globalização da expansão do Poder Judicial e, por consequência, à judicialização da política. Deve-se ter em mente que, enquanto nos Estados Unidos, desde o ano de 1803, se discutia sobre a expansão do Poder Judiciário, no Brasil, a intensificação da participação do Poder Judiciário ocorreu a partir da Constituição de 1988, com o ambiente democratizado e a busca efetiva de concretização dos direitos dos cidadãos, de tal modo que é possível concluir que houve grande influência da doutrina estadunidense no cenário brasileiro⁷⁹.

⁷⁸ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995. p 45. T. "For example, many (certainly not all) American state legislatures have appeared to be more than willing to leave abortion policy in the hands of the courts because of their assessment of the political cost of taking any action on the issue. Similarly, in Texas and several other American prison and education reform and funding have become major policy concerns excruciating choices involved in raising taxes or reallocating existing funding to benefit an unpopular group, prisoners, or an otherwise easily-ignored group, poor communities".

⁷⁹ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial uma análise da atuação nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação apresentada no Programa de pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012. P.15.

2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA CONFIGURAÇÃO DOS SENTIDOS

A experiência constitucional compreende componentes políticos, históricos, econômicos e sociais que dificilmente podem ser desassociados. Cada constituição é formada da composição social/ política que retrata as tensões existentes na sociedade como próprios mecanismos capazes de harmonizar os conflitos⁸⁰.

O constitucionalismo pós guerra carrega preceitos morais e uma maior necessidade de atuação dos poderes institucionais para estabelecer e garantir direitos fundamentais. O constitucionalismo contemporâneo procura superar o direito positivo para o resgate do mundo fático de modo a compreender as diversas atribuições do Poderes e demais atores para a garantia da ordem constitucional.

De tal modo, neste capítulo, se buscará analisar o constitucionalismo e o papel do Poder Judiciário nas democracias representativas a fim de verificar a existência de responsabilidade política em sua atuação e relacionar as novas atribuições e interferências em questões Políticas. Para tanto, primordial que se estabeleça a concepção de políticas e a possibilidade e limites do controle judicial.

Bucci sugere um novo paradigma no cenário jurídico a partir do debate sobre juridicidade e aplicação de políticas públicas que, no senso comum, limitam-se ao Poder Executivo e Legislativo. Duas questões se estabelecem sobre as políticas públicas a partir de uma visão jurídica. A primeira a partir da teoria geral do direito, que compreende política pública como uma nova categoria jurídica. E de outro “a partir de uma perspectiva de abertura do direito para a interação com fenômenos próprios da política, da economia e da dinâmica social”⁸¹. A segunda questão é em relação ao questionamento da função institucional do Poder judiciário de poder apreciar políticas públicas sem invadir a atividade política do governo⁸².

⁸⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20.

⁸¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

⁸² BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23

2.1 Neo-constitucionalismo e o constitucionalismo contemporâneo

Pode-se dizer que o constitucionalismo abarca a ideia da supremacia da Constituição. Após um período de estados nacionais absolutistas, no séc. XVII, surge o constitucionalismo moderno, tendo a Inglaterra como precursora⁸³. Com a Revolução Gloriosa, os limites do rei passaram a ser limitados instituindo a supremacia e a tripartição parlamentar com representantes do poder monárquico, aristocrático e popular.

No séc. XVIII, surgiu o constitucionalismo clássico ou liberal, impulsionado pelas revoluções libertárias da burguesia, diante da crise pela falta de representatividade. Surgem as primeiras constituições escritas. A dos Estados Unidos surgiu em 1776, a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia”. E, logo depois, em 1787, a Constituição Americana, até hoje em vigor, fundada no poder constituinte do povo com limites ao poder político, diferente da Constituição Francesa, que não limitava o poder constituinte⁸⁴.

Foi nos EUA que despontou a ideia da supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico. No século XIX instituiu-se o controle jurisdicional de constitucionalidade, tendo a Suprema Corte a função de preservar a Constituição e poder exercer o controle de leis que são incompatíveis com a Constituição. A ideia era no sentido de que o guardião da Constituição deveria ser um poder politicamente neutro.

Um marco a esse movimento foi a constituição dos Estados Unidos, que surgiu com a supremacia do Corte, no qual o poder Legislativo é juridicamente limitado, já que prevalece a supremacia da Constituição através das atribuições dadas ao poder judiciário de anular normas que tenham conflito com ela⁸⁵. Nessa esteira, vê-se a

⁸³MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008.

⁸⁴ GOMES, Júlio de Souza, ZAMARIAN, Livia Pitelli, at. all. **As Constituições do Brasil análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio**. 1ªed. Birigui- SP: Editora Boreal, 2012. p 193 a 196.

⁸⁵ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A nova crítica ao judicial review: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência Brasileira**. coord

disseminação do controle judicial com a famosa decisão do Juiz John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, que consagrou a Suprema Corte como verdadeira guardiã da Constituição, determinando que não poderia sofrer afronta por ato do legislativo⁸⁶. O caso emblemático marcou história e manteve-se sempre em discussão como justificativa para manter a autoridade de interpretar a Constituição à corte.⁸⁷ e embora não tenha sido a primeira decisão utilizando do poder de revisão e a Constituição dos Estados Unidos não disciplinasse claramente a matéria, o Juiz Marshall utilizou de mecanismos para limitar o poder do parlamento. Ou seja, buscou "um poder que autorizasse a invalidação de uma legislação que viesse a contrastar com a Constituição"⁸⁸.

Com a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, a Europa pode presenciar uma constituição social democrática. Junto da constituição Mexicana, de 1917, foi imposta ao estado a obrigação de realizar prestações positivas na efetivação dos direitos sociais. Assim, no séc. XX, após a 1ª Guerra Mundial, surgiu o chamado constitucionalismo moderno ou social. O constitucionalismo clássico consagrou a ideia de liberdade, e o constitucionalismo moderno estendeu a ideia de direitos sociais, econômicos e culturais, defendendo, além da liberdade, a igualdade entre as pessoas⁸⁹.

A partir da Segunda Guerra mundial, surge o constitucionalismo contemporâneo, com uma abordagem além de positivista, com preceitos morais, por consequência ao período de guerra e a necessidade de estabelecer e garantir direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana passou a ser idealização e objetivos

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.p. 243.

⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p 263 – 269.

⁸⁷ CARVALHO, Michele e OLIVEIRA, Leandro Correa de. **O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundamentação da supremacia judicial**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n.3, p.325-347, set./dez. 2018. p.340.

⁸⁸ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A nova crítica ao judicial review: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência Brasileira**. coord SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.p. 245.

⁸⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

para as expressões constitucionais, por ser considerada valor constitucional supremo. Este movimento impulsionou a força normativa e dirigente da constituição, tendo como base um rol extenso de direitos fundamentais da pessoa humana a serem garantidos.

A característica do constitucionalismo contemporâneo foi também o surgimento de uma nova perspectiva filosófica, marcada pelo modelo pós-positivismo. O pós-positivismo surge com a superação do jusnaturalismo e a decadência do positivismo, com pensamentos sobre a função social e a interpretação do direito – (re)aproximando filosofia e direito. O pós-positivismo foi caracterizado por certas características: 1 – o direito formado através de regras e princípios; 2- a formação de uma nova hermenêutica através da virada linguística; 3 – busca da razão prática; e 4 – a tentativa de um desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana⁹⁰.

A partir desses elementos, surge o movimento teórico – filosófico do novo constitucionalismo, que teve como base constituições materiais do segundo pós-guerra, a partir de uma concepção de Estado Democrático de Direito.

A Constituição nesse ambiente, representa, o documento catalisador dos ideais e das exigências modernas no sentido de garantir a racionalização da disciplina do poder - suas desmistificações, estruturações, regulamentação e controle - e, via de consequência, a garantia do espaço de desenvolvimento do indivíduo - unidade ética por excelência - notadamente pela declaração de seus direitos fundamentais⁹¹.

Surge, um grande movimento de transformação do Direito constitucional e da percepção da Constituição que altera, além do modo de como interpretar o direito, também – e principalmente – como buscar respostas corretas à aplicação de um direito cada vez mais indeterminado. A constitucionalização atinge todos os aspectos e passa a ser antena direcionadora para a legislação, jurisprudências no modo de agir, interpretar, aplicar e também no aspecto das próprias relações sociais e ações políticas.

Assim sendo, é possível dizer que o Direito Constitucional foi afetado por todas essas mudanças, a constituição passou a “constitucionalizar” todos os ramos do

⁹⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho, BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

⁹¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 89.

direito, ou seja, a constituição e seu conjunto de princípios e regras passou a ser o apoio direcionador para todas as disciplinas.

O novo constitucionalismo nasce do reconhecimento da materialidade das Constituições e dos impulsos para a concretização das garantias que formam o novo contrato social e que institui o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a democracia institui também um objetivo maior de desejo à proteção aos direitos garantidos pelas Constituições, e como consequência, preservar as decisões majoritárias ali instituídas, mas ajustando para que os direitos fundamentais das minorias também sejam garantidos.

O ambiente de transformação da constituição necessita tanto dos poderes políticos (majoritários) como dos poderes contramajoritários, de modo que se cria um ambiente de discussões sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia. A realização da vontade da Constituição passa também pelas práticas jurídicas com o aprimoramento de um sistema de garantias para preservar os enunciados que fundam o Estado Democrático de Direito.⁹²

Streck, busca desmitificar a afirmação da existência de tensão entre constitucionalismo e democracia. Para ele a regra contramajoritária vai além dos limites formais, que denomina de maiorias eventuais com objetivo de cumprir as promessas estabelecidas pela constituição dirigente⁹³.

Nesse contexto, e levando em conta o forte conteúdo contramajoritário presente nas decisões advindas da jurisdição constitucional, é que sustento a tese da absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo. Mais que isso, a Constituição, nesta quadra da história, a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, passa a ser- em determinadas circunstâncias- condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição (no sentido de Gadamer atribui a essa expressão) nos legou⁹⁴.

⁹² MARIN, Jeferson Dytz. **Hermenêutica Constitucional e Realização dos Direitos Fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido**. Sequência, Florianópolis, SC, n. 65, p. 103-123, dez. 2012. p. 110 Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p103>. Acesso em 02 de agosto de 2018.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009. p. 19-20.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009. p. 20.

E, por assim dizer, vê-se a importância de estabelecer a discussão do constitucionalismo contemporâneo, principalmente em países periféricos como o Brasil, no qual as diversas promessas advindas da constituição ainda não são cumpridas, necessitando de maior efetividade.

Porém, há também o entendimento de que o novo paradigma de Estado de Direito pode simbolizar o conflito entre Poderes do Estado. De um lado a constituição garantista de direitos fundamentais do pós-guerra e, do outro lado, os eleitos por maioria que, por vezes, discordam da constituição⁹⁵. Temos, portanto, de um lado, o Poder Judiciário, que recebe a atribuição da solução dos conflitos, mas que, a partir da promulgação da Constituição programática e dirigente, passa a assumir um protagonismo de decisões que invadem questões políticas. Também ganha destaque a permissão para uma "atuação mais ativa na implementação de direitos sociais"⁹⁶. E, do outro lado, o Poder Legislativo como poder eleito democraticamente para representar o povo para criação de normatividade e para decisões políticas⁹⁷.

Para Alarcon, quando é dado um poder de controlar decisões em relação à constitucionalidade de atos de outros órgãos, há uma capacidade de interferir - mesmo que sutil, ao pensamento de alguns - na atividade desses poderes, deste modo, esclarece que o Juiz Marshall, ao decidir o caso *Marbury v. Madison*, teve sensibilidade à invasão de competências entre os poderes, fundamentando que o judiciário não anula leis, mas declara (ou seja, uma ação declaratória e não constitutiva) sua nulidade por ser contrária à Constituição.

A lei inconstitucional sempre foi inválida porque, ou a constituição é soberana sobre as leis, ou o contrário. Nesse sentido, como é inerente à função jurisdicional decidir sobre o conflito entre normas jurídicas, caberia ao judiciário apenas solucionar essa "simples" antinomia entre constituição e lei, dando prevalência à primeira em face da segunda, quando em confronto. Não haveria, portanto, interferência alguma do judiciário na esfera de atuação do legislativo ou do executivo, mas, simplesmente, o desempenho regular da função jurisdicional em defesa da prevalência da constituição enquanto corpo

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3 ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009, p. 23.

⁹⁶ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A nova crítica ao judicial review: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência Brasileira.** coord SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM.* São Paulo: Editora Max Limonad, 2017. p. 243.

⁹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

superior e rígido de normas no contexto mais amplo do ordenamento jurídico, sem arranhar o princípio da separação de poderes⁹⁸.

Surgem discussões, questionamentos e críticas em relação aos sistemas de controle de constitucionalidade, já que se pressupõe a supremacia de um poder sobre os demais - sendo preponderantemente em relação ao Poder Judiciário ou o tribunal constitucional, e a eles geralmente é atribuída a “palavra final” em matéria de controle de constitucionalidade. Somando-se a isso, surge também, a “dificuldade contramajoritária”⁹⁹ em que um poder não democrático possui a atribuição de julgar inconstitucionais leis emanados de poderes eleitos. “A pretexto de proteger a constituição, o judiciário, ou o tribunal constitucional, anula a vontade da maioria e impõe sua própria interpretação constitucional – daí a dificuldade contramajoritária apontada por Bickel”¹⁰⁰.

É importante alertar que países periféricos como o Brasil, que possuem dificuldade em efetivar os direitos fundamentais (países de modernidade tardia como prefere tratar Lênio Streck), coloca suas esperanças a partir de uma maior atuação dos poderes contramajoritários – ou seja, uma atuação mais efetiva da justiça constitucional face à inefetividade da constituição ou na ideia/superstição das omissões dos poderes majoritários. É primordial também considerar o modo com que a condição periférica do Brasil modelou e manipulou os ditames constitucionais, pois não pôde acompanhar as minuciosas mudanças sociais, como os países desenvolvidos. O Direito Constitucional serviu como instrumento de uma modernização ausente, objetivado infiltrar os padrões de países desenvolvidos em sociedades atrasadas¹⁰¹.

⁹⁸ ALARCON, Sylvio. **Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 17, p. 1-13, 2013.

⁹⁹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

¹⁰⁰ ALARCON, Sylvio. **Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 17, p. 1-13, 2013.

¹⁰¹ LYNCH, Christian Edward Cyril, MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p.974-1007. p.999. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018.

Nesse entendimento, pode-se dizer que a dificuldade contramajoritária de Bickel deve ser flexibilizada frente à realidade de países que tardiamente foram democratizados e que há uma enorme ânsia de concretização dos direitos sociais na era do novo constitucionalismo.

A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. (...). No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos no processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação". Passados mais de vinte anos desde a promulgação do texto constitucional, com efeito, xeque, já de início e sobremodo, o artigo 1º da Constituição prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fatores da República brasileira, que segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. (...) Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária - conforme a doutrina constitucional contemporânea cunhou e se faz parte da tradição -, é absolutamente lógico afirmar que seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade - até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática - deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc)¹⁰².

O novo constitucionalismo se apresenta como meio de superação do modelo dogmático tradicional do jusnaturalista e juspositivista, como forma de restabelecer a relação entre moral e direito e concretizar as promessas da modernidade. O constitucionalismo contemporâneo quebra paradigmas e busca superar o direito positivo pautado somente em regras, introduzindo princípios e a possibilidade de resgate do mundo fático. É nessa perspectiva que o ordenamento deve ser abrangido, a partir da compreensão do novo papel dos vários atores presentes no Estado Democrático de Direito e do reconhecimento de suas funções de garantidores da Constituição¹⁰³

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 2-4.

¹⁰³ MARIN, Jeferson Dytz. **Hermenêutica Constitucional e Realização dos Direitos Fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido**. Sequência, Florianópolis, SC, n. 65, p. 103-123, dez. 2012. p. 111 Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p103>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

2.2 O pan-principiologismo e a não superação do modelo positivista

O termo neoconstitucionalismo abarca diversas teorias pós-positivistas, que buscam superar o modelo de regras e uma nova aproximação de direito e moral, mas não só isso, pode-se dizer que a expressão neoconstitucionalismo não se refere somente a explicar o constitucionalismo pós segunda guerra e a multiplicação de cartas constitucionais, ou buscar uma maior efetividade ao texto constitucional, já que o termo pode ser utilizado também para elevar à jurisprudência de valores, tendenciando à teoria da argumentação e à exploração da ponderação de Robert Alexy.

Na obra *Neoconstitucionalismo*, coletânea de artigos editadas por Miguel Carbonell¹⁰⁴, apresenta-se uma multiplicidade de significados vinculados pela expressão neoconstitucionalismo, podendo ser designado por uma teoria, ideologia ou um método de análise do direito. Ou, em um segundo plano, pode se referir a elementos estruturais de um sistema jurídico e político, sendo neoconstitucionalismo como teoria, ou como ideologia. Ou ainda, como conjunto de mecanismos institucionais e normativos do sistema histórico jurídico-político que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais¹⁰⁵. Ou seja, o termo “neoconstitucionalista” pode abranger diversos arranjos de definição e formas, como demonstrado por Carbonell em sua obra.

Assim sendo, a utilização errada da sua terminologia, (principalmente em um país – periférico - como o Brasil, em que a modernidade sequer se instaurou) pode gerar a ideia de que juízes podem se apoderar o quanto entenderem necessário ou não, da criação de direitos, acobertados pelo manto da principiologia, de modo que isso pode incentivar a recepção da jurisprudência de valores e contribuir para um ativismo judicial exacerbado.

Ferrajoli e Streck¹⁰⁶ concordam em entender ser necessária uma revisão terminológica para a expressão neoconstitucionalismo, pelo fato de a expressão ser,

¹⁰⁴ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trontta, 2003. p. 75 e ss.

¹⁰⁵ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trontta, 2003. p. 75.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz, TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermeneutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

“sob vários aspectos, ambígua e enganadora¹⁰⁷ e por não se referir ao “novo” – pois trata-se de uma superação em sentido antipositivista.

E porque, identificada somente sob o plano teórico com a concepção jusnaturalista do constitucionalismo, não assimila as características essenciais e distintivas em relação à sua concepção juspositivista, que lhe resulta, de fato, ignorada¹⁰⁸.

Portanto, a utilização da terminologia neoconstitucionalismo propõe posturas incompatíveis com a democracia, como axiologistas e voluntaristas, que incentivam o ativismo e a discricionariedade judicial¹⁰⁹.

E por assim entender, e afim de evitar qualquer mal-entendido, Streck e Ferrajoli propõem denominar o Constitucionalismo Contemporâneo como o movimento que se refere às Constituições surgidas no séc. XX, no segundo pós-guerra, que implementaram o *plus* normativo democrático e o redimensionamento político-jurídico¹¹⁰.

Assim, como já discorrido, o constitucionalismo contemporâneo quebra paradigmas em busca de superar o direito positivo - pautado somente em regras -, introduzindo princípios e novas atribuições à jurisdição. Os “neoconstitucionalistas” acreditam ser a era dos princípios, tanto pelo surgimento de novas Constituições quanto pela alta carga principiológica das Constituições que passam a orientar o intérprete.

Streck faz duras críticas ao fato de que muitos juristas não se atentaram ao giro ontológico-linguístico¹¹¹, mantendo o problema do esquema sujeito-objeto à tática. A

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz, TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 15.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz, TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz, TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64

¹¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

¹¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 174-175.

virada linguística (linguistic turn), foi um importante desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante o século XX, cuja principal característica era introduzir a linguagem no foco da filosofia, impondo-se entre um sujeito e um objeto. A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na filosofia hermenêutica de Heidegger. Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem. Desse modo o entendimento da Constituição enquanto um existencial pressupõe um rompimento paradigmático, isto é, saltando do modo apofântico para o modo hermenêutico, isto porque o compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A Constituição é um ente disponível porque o jurista desde sempre se compreende (autêntica ou inautenticamente) na constituição aprofundar sobre a interpretação constitucional através de um compreender histórico, pautado na linguagem será condição de possibilidade para efetivação das promessas da modernidade.¹¹²

Parcela significativa do mundo jurídico não superou o modelo positivista exegético, ou pode-se dizer que, na “busca para resolver” o problema representado pela razão prática, aposta na discricionariedade do juiz, utilizando de sua criatividade interpretativa e abertura semântica de princípios.

Há uma lista¹¹³ interminável de princípios, na sua grande maioria desnecessários de explicação, já que a própria nomenclatura é autodescritiva. Ou, ao

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 174-175

¹¹³ “princípio da não surpresa (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade; de que forma uma demanda resolvida utilizando o princípio da não-surpresa?); princípio da confiança (trata-se, nada mais, nada menos, do que a possibilidade do direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom; mas, a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete?); princípio da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente (interessante nesse standard retórico é a expressão “absoluta”...); princípio da afetividade: (esse prêt-à-porter nada mais faz do que escancarar a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais; daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa?); princípio do processo tempestivo (mais uma amostra de uma “princípioologia” ad hoc e sem limites, que confunde meros argumentos ou pontos de vista com princípios jurídicos)” entre muitos outros, como princípio do fato consumado, princípio do deduzido, princípio da cooperação processual, princípio da confiança no juiz da causa (ora, há necessidade de um princípio como este?), princípio da felicidade, “Poder-se-ia acrescentar outros, como o da rotatividade, o lógico, o econômico, da gratuidade judiciária, da aderência ao território, da recursividade, do debate, da celeridade, da preclusão, da preferibilidade do rito ordinário, da finalidade, da busca da verdade, da livre admissibilidade da prova, da comunhão da prova, da avaliação da prova, da imediatidade, da sucumbência, da invariabilidade da sentença, da eventualidade, da ordenação legal, da utilidade, da inalterabilidade, do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, da elasticidade, da adequação do procedimento, para citar apenas estes”. STRECK, Lenio Luiz. **O panprincipiologismo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em terrae**

contrário, pois necessária uma grande capacidade criativa para entendê-los, lançados na esfera jurídica como se “milagres” fossem para resolver os falados “casos difíceis”. Ou até apenas para encobrir a intensão de extrapolar os limites das normas.

Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento “criativo” de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo “convenientemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciais, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar. [...] os quais se colocam na contramão dos avanços proporcionados pela viragem linguística. Os citados “princípios” nada mais são do que a confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto¹¹⁴.

Streck, atribui a esse fenômeno o nome de pan-principiologismo, que conduz ao problema da jurisprudência de valores, pois quando os tribunais passam a decidir conforme sua consciência ou pelo convencionalismo moral – sem critérios para a sua utilização, aumenta o decisionismo e se ultrapassam dos limites semânticos do texto constitucional, criando confusão entre os termos judicialização e ativismo.

A hermenêutica constitucional crítica busca denunciar o subjetivismo da interpretação com o horizonte autêntico dos sentidos, questionando a não superação do modo positivista que acarreta problemas como o solipsismo judicial, a inconsistência das decisões e, inclusive, o ativismo judicial¹¹⁵. Deve-se compreender que a legitimidade de uma decisão poderá ser auferida quando a regra efetivada for instituída por um princípio, ou os princípios devem estar vinculados à democracia.

O fato de princípios estarem disponíveis para a aplicação (através de um processo legislativo) não quer dizer que o intérprete possa “substituir, no âmbito da aplicação, os discursos morais, éticos e pragmáticos produzidos no espaço público pelos seus próprios”¹¹⁶. Assim, sustenta Streck que a normatividade dos princípios possibilita o “fechamento hermenêutico”, no qual o seu sentido é retirado de pré-

brasilis. p. 337- 354. Revista juris poiesis 2013. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2484/revista-juris-poiesis-n15.pdf>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O panprincipiologismo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em terrae brasilis.** P 337- 354. Revista juris poiesis 2013. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2484/revista-juris-poiesis-n15.pdf>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

¹¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Hermenêutica Constitucional no Paradigma da Différence.** Joaçaba, v. 19, n. 1, p. 25-44, jan./abr. 2018, p. 25 a 44.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro, 2014 – Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2014, p.87.

compreensões – tradição – e não de sentidos e escolhas aleatórias. Princípios geram compromissos democráticos, pois só se aplicam através de uma regra¹¹⁷.

A multiplicação de princípios tende a uma errada compreensão de que eles proporcionam uma abertura interpretativa. Porém, tem-se que a legitimidade da decisão quando se entende que os princípios possuem objetivo de “resolver insuficiências ônticas”¹¹⁸ das regras. Ou seja, os princípios não são valores e não podem ser desligados da democracia, que se dá através das regras. Assim, entende-se que a normatividade assumida pelos princípios possibilita um fechamento interpretativo e não o contrário.

Ou seja, a ideia de virtudes aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda interpretação do direito. Estes princípios não estão inscritos na comunidade política para serem descobertos como valores, mas implicam comprometimento desta mesma comunidade com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam tais decisões. Essa é a passagem hermenêutica do mundo prático (da história, da facticidade) para a deontologicidade principiológica. Por gerarem este compromisso político democrático), eles sempre estão presentes em toda e qualquer interpretação do direito¹¹⁹.

De uma leitura equivocada do termo neoconstitucionalista, com a importação de teorias e tradições jurídicas sem se atentar para a realidade brasileira e sem o devido cuidado do senso crítico, tende-se a validar a jurisprudência de valores e a utilização da ponderação Alexyana¹²⁰. Alexy concebe os princípios como mandados de otimização, relativiza, portanto, a normatividade dos princípios e utiliza da ponderação como justificativa para a impossibilidade de aplicação e cumprimento de todos os princípios, por escassez de recursos jurídicos e materiais. E ainda fortifica o ativismo judicial, já que, com a decisão justificada através da criação de ilimitados

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Ebook. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Ebook. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Ebook. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

¹²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy** n. 7 (2010): Revista do Curso de Direito da FSG., p. 139. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/602>. Acesso em: 30 de agosto de 2018.

princípios e do próprio julgamento da ponderação das políticas públicas, não haverá mais limite político para a atividade da jurisdição¹²¹.

2.3 A responsabilidade política *versus* “*policies*”

A expansão do poder judiciário pode ser entendida como um fenômeno de esfera global no qual há uma transferência de poderes das instâncias políticas representativas também para os tribunais. As atribuições dos tribunais deixam de ser engessadas dentro das tradicionais concepções sobre a teoria da separação dos poderes de Montesquieu e de participação democrática para assumir diferentes papéis nas democracias representativas. Nesse ponto é possível verificar que tal fator pode ser indicativo de uma nova roupagem assumida pelas democracias representativas.

No Brasil, por exemplo, após a Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário recebeu atribuição de revisar constitucionalmente as leis aprovadas pelo parlamento ou de tomar decisões que interferem no campo de políticas públicas (como por exemplo a concessão de medicamentos em tutelas individuais). A grande questão que se discute é que, do mesmo modo com que se buscava uma moderna democracia pautada no governo do povo, empregava-se forças contrajamoritárias extras ao poder judiciário para preservar a Constituição de ações políticas dos poderes representativos¹²².

Embora haja críticas ao fenômeno da expansão do Poder Judicial, é necessário refletir se a judicialização da política, engatilhada por Constituições democráticas, em grande parte do mundo, de fato, concedeu atribuições políticas às cortes. Por todas as críticas já apontadas ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial no capítulo 1, busca-se, neste capítulo, verificar se a expansão do Poder Judiciário tem a capacidade de aprimorar ou enfraquecer a democracia representativa com atribuições de responsabilidade política a esse poder.

¹²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy** n. 7 (2010): Revista do Curso de Direito da FSG., p. 145. Acesso em: <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/602>. Disponível em: 30 de agosto de 2018.

¹²² POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, prefácio.

Desejou-se, durante a evolução e a adaptação, para o surgimento do Estado Democrático de Direito, um modelo que trouxesse melhores condições aos cidadãos, para tais melhorias, o conteúdo transformador não poderia ser somente no aspecto material de concretização da participação política democrática, mas também no aspecto valorativo dos elementos constitutivos dessa nova ordem, fomentando o agir social à ordem jurídica e à atividade estatal, redefinindo as funções, atribuições e principalmente a relação entre os poderes, podendo-se dizer que Estado Democrático de Direito transferiu novas responsabilidades para jurisdição constitucional, que passa ter como objetivo a realização dos Direitos previstos na Constituição.¹²³

Surge assim, a necessidade de avaliar novas perspectivas da tensão Constitucionalismo e Democracia, o apego à análise tradicional da supremacia ora do Poder Legislativo ora do Poder Judiciário deve ser transformada em novos arranjos que permitam melhorar a construção sentido do constitucional.

O mito que percorre a ideia de que a judicialização é fruto de uma omissa atuação do Poder Legislativo, deve ser quebrado. O Judiciário recebe atribuições para satisfazer as necessidades das transformações sociais advindas pelo novo modelo e servir como via de resistência às investidas de retrocesso social aos demais poderes, desse modo, importante uma nova discussão acerca do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, que embora possa especular certo déficit democrático, o judiciário também pode ser um contribuinte para o aprimoramento da democracia, e este não age somente pela suposição da omissão legislativa.

Um passo nessa direção que este livro pretende dar, ao tomar como objeto as relações entre Judiciário e Legislativo no Brasil, mais especificamente as relações entre o STF e o Congresso Nacional. Com o escopo de falsificar as premissas sob as quais vem se assentando o silogismo da judicialização, este livro tenta mostrar, por um lado, que se há expansão da atuação do STF, ela não se dá em razão de um suposto vácuo deixado pelo Congresso, tampouco se exercita em detrimento de sua produção legislativa. Ao contrário, ao decidir as ações impetradas contra normas do Legislativo federal, o Supremo parece agir com bastante parcimônia [...] Ao mesmo tempo, a atividade legislativa, que já se mostra constante e diversificada ao tempo dos julgamentos do STF, vê –se impulsionada pela atuação deste quando alguma norma é declarada inconstitucional, o que leva a uma resposta do Congresso, que acaba, então, por dar a última palavra¹²⁴

¹²³ MARTINI, Alexandre Jaenisch e POMPEO, Wagner Augusto Hundertmarc. **Ensino Jurídico Como Condição de Possibilidade à Compreensão (Constitucional) do Direito**. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais de UNIJUÍ. Ano XXI nº 37, jan.-jun. 2012, p. 117.

¹²⁴ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.9.

Para Pogrebinchi, essa “última palavra” dada pelo Congresso como reação à atuação do Poder Judiciário pode ser vista como a real expressão da vontade majoritária. Em suas conclusões afirma que o STF, desde 1988, ao realizar o controle de constitucionalidade, tem contribuído para o fortalecimento da vontade majoritária a partir de duas formas: 1) pela atitude do STF de confirmar a vontade majoritária ao abster-se de exercitar sua função de invalidar normas – porque em 86,68%¹²⁵ das vezes ele confirma a constitucionalidade de leis e atos normativos ou 2) preservar e aperfeiçoar a produção legislativa – porque em quase todos os casos que o STF declarou a norma inconstitucional, havia outra lei ou ato normativo em projeto ou em vigor que tratava do mesmo tema¹²⁶.

Pogrebinchi, em busca de desmitificar a crise da representatividade, através de dados empíricos, concluiu que não se comprova que há omissão legislativa que justifique a judicialização, porque há uma intensa produção normativa em momentos de manifestação de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, e também por uma baixa porcentagem de leis declaradas inconstitucionais.

O Poder Judiciário apresenta à democracia uma nova visão de deliberação democrática. A extensão da atuação do poder das Cortes em grande parte advém de uma delegação do próprio poder político, de modo que o centro da gravidade da democracia passa a ser compartilhado entre os poderes, a judicialização da vida política comprova esse movimento¹²⁷. Desse modo defende então o alargamento do conceito de representação política para que abranja poderes contramajoritários também como instituições políticas. Propõe conceber arranjos institucionais ampliando a representação política ao Poder Judicial que, por suas atribuições, deve desempenhar uma responsabilidade política. Para a autora, encurtar os laços entre os poderes Judiciário e Legislativo pode desencadear um experimento político capaz de fortalecer a democracia representativa no Brasil.

¹²⁵ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 36

¹²⁶ “Entre 1988 e 2009, nos momentos em que o STF declarava a inconstitucionalidade de um ato do Congresso Nacional, havia uma média de 11,75 projetos em tramitação nas casas do Poder Legislativo federal”. POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 123.

¹²⁷ GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**; trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 45.

Uma das formas possíveis de fortalecimento da democracia representativa pode encontrar-se no crescimento do papel das cortes constitucionais. Ao contrário de esvaziar o Poder Legislativo em suas funções institucional ou de valer-se de um suposto vazio normativo por ele deixado a fim de desenvolverem-se, as cortes constitucionais podem ser tomadas como propulsoras da representação política, ampliando-a para além de sua forma moderna e de suas manifestações tradicionais. Em outras palavras, o crescente papel institucional das cortes constitucionais pode ser concebido não como ameaça à representação, às instituições representativas ou à democracia; mas, ao contrário, como sinal de que a primeira precisa ser ressignificada, as segundas reconfiguradas e a terceira fortalecida¹²⁸.

A compreensão de que, para a viabilidade da democracia representativa, possa ser necessário alargar a representação para atores como os Tribunais que não foram eleitos, passa por presumir que a jurisdição é capaz de contribuir para a efetividade da Constituição, assim como atender os anseios dos representados. O que se pretende não é o deslocamento total de demandas políticas para a decisão judicial, mas a compreensão de que o Poder Judicial já exerce, de certa maneira, uma atividade política, e que, conseqüentemente, carregam uma carga de responsabilidade política, sem confundir esse fato com a utilização por parte do Tribunal somente de argumentos de política.

Contraopondo as respostas encontradas por Pogrebichi, Streck¹²⁹ embora concorde que a expansão do Poder Judiciário e o fato do STF ingressar na seara política não quer dizer enfraquecimento do Poder Legislativo, adverte que analisar somente as ações de inconstitucionalidade meditadas pelo STF não é suficiente para equalizar o grau de judicialização e o quanto o legislativo se tornou mais ativo após as decisões do tribunal, afirma ainda que o controle difuso e o uso de *writs* constitucionais¹³⁰ – que não foram analisados na obra de Pogrebichi - possuem mais influência na judicialização que as próprias ações de inconstitucionalidade. Streck cita, por exemplo, os mandados de segurança deferidos pelo STF determinando a

¹²⁸ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 165.

¹²⁹ STRECK, Lénio Luiz. **O que é isso, o ativismo, em números?** Publicada no site os constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

¹³⁰ Remédios Constitucionais inseridos no artigo 5º da Constituição da República de 1988. Habeas corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas data, Ação popular.

distribuição de medicamentos fora da lista do SUS, que representam “um contingente de efeitos colaterais no campo da relação ativismo-judicialização”.¹³¹

A partir da sua teoria de direito com aportes filosóficos, denominada de *Crítica Hermenêutica do Direito*, Streck busca dar uma nova interpretação ao Direito, a partir da hermenêutica filosófica constrói uma teoria da decisão jurídica como saída para enfrentamento ao decisionismo, a teoria se estrutura em que as decisões sejam fundamentadas e constitucionalmente adequadas de modo a preencher as exigências dos pressupostos democráticos do constitucionalismo evitando decisões discricionárias e sem responsabilidade política.¹³²

A partir da teoria de Ronald Dworkin, a responsabilidade política dos juízes passa integrar como elemento estrutural da teoria, pois no Estado Democrático de Direito os juízes passaram a decidir sobre questões sociais de modo adquirir responsabilidade política em relação à sociedade e deter o dever de fundamentar todas as decisões, já a decisão deve possuir uma ligação com a ideia de que e o que a comunidade política constrói como direito, não podendo ser temerária.¹³³

Dworkin descreve a importante distinção entre princípios morais e políticas públicas (policies) como espécies de princípios utilizados na prática das decisões judiciais. Decisões são baseadas em princípios morais ou decisões com argumentos baseadas em objetivos de políticas públicas. Quando baseado em argumento de políticas utilizam como justificativa dos objetivos da comunidade, enquanto as decisões baseadas em princípios morais procuram garantir os direitos individuais e coletivos. Embora o autor identifique os dois argumentos como fundamentos da decisão judicial, compreende que as decisões baseadas em princípios morais podem levar os direitos à sério.¹³⁴

Portanto, embora a política esteja ligada, de algum modo, à revisão judicial, o Poder Judiciário não poderá se valer somente de argumentos políticos para justificar

¹³¹ STRECK, Lénio Luiz. **O que é isso, o ativismo, em números?** Publicada no site os constitucionalistas. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

¹³² STRECK. Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 230-290

¹³³ TASSINARI. Clarissa. **O papel da crítica hermenêutica do direito: sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário**. Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade, Natal, v.5, n.2, jul./dez. 2014.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001, p. 3

a sua decisão, mas sim de argumentos de direito (princípios e regras), baseado em convicções morais e projetos constitucionais, por não estar vinculado às opções políticas¹³⁵.

A jurisdição possui relevante atribuição no contexto do constitucionalismo democrático, tanto para dar sentido aos mandamentos constitucionais, como garantir os pressupostos democráticos. Os Tribunais não estão desvinculados da política, mas diferente disso, recebem filamentos ideológicos, compromissos políticos e devem estar abertos à diversos atores para o debate constitucional.

¹³⁵ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **O que é isso, a crise de representatividade? Breves reflexões acerca da (difícil) relação entre legislação e jurisdição.** In *Constitucionalismo e democracia 2018: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*, coord. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018, p.199- 217, p. 211.

3 JUDICIALIZAÇÃO OU REPRESENTAÇÃO

Desde o século XVIII, alguns princípios da representação política permanecem constantes, como a eleição de representantes, a abertura aos debates, a opinião pública, todavia, não significa que desde então o sistema representativo permaneceu imutável¹³⁶.

O modelo constitucional brasileiro possui mecanismos de atuação política para além dos atores tradicionais das concepções de representação democrática, com a participação popular através de plebiscitos, iniciativas populares, e atuação também do poder judiciário. Desse modo, a representação democrática no Brasil não é sinônimo literal de representantes eleitos, de maneira que o Poder Judiciário recebeu papel de relevo para a construção do Estado constitucional. Porém, certos limites devem ser estabelecidos, pois, embora tenha responsabilidade política, não deve possuir liberdade ilimitada para fazer juízos políticos (*policies*)¹³⁷.

Assim, o terceiro capítulo pretende analisar a concepção tradicional da democracia representativa e se, diante da expansão do Poder Judiciário, o modelo representativo tradicional pode ser remodelado de modo a construir uma compreensão dialógica entre os Poderes. A nova perspectiva da democracia representativa será ponto de partida para formar a crítica em relação à afirmação da existência de crise da representatividade e da inadequada compreensão do governo representativo contemporâneo.

3.1 A concepção tradicional do modelo representativo e a necessidade de sua superação

Antes de dar as respostas sobre como ampliar a representação política para instituições não majoritárias, há a necessidade de fazer uma revisão conceitual e de

¹³⁶ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **O que é isso, a crise de representatividade? Breves reflexões acerca da (difícil) relação entre legislação e jurisdição.** In *Constitucionalismo e democracia 2018: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*, coord. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018, p. 199- 217

¹³⁷ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **O que é isso, a crise de representatividade? Breves reflexões acerca da (difícil) relação entre legislação e jurisdição.** In *Constitucionalismo e democracia 2018: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*, coord. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018, p. 199- 217.

conteúdos semânticos da representação política como fundamento da representação, a delegação, sua condição de validade, a revogação, sua condição de legitimidade e a eleição¹³⁸. Autores como Manin¹³⁹ e Urbinati¹⁴⁰ constataam a imutabilidade no tempo e a necessária atualização do significado dos conceitos de representação política e de democracia representativa, pois mesmo após a adoção do sufrágio universal e a inclusão de partidos políticos, os princípios fundamentais, desde o séc. XVIII, permanecem os mesmos¹⁴¹.

Quando se reconhece a existência de uma diferença fundamental entre governo representativo e autogoverno do povo, o fenômeno atual deixa de ser visto como sinalizador de uma crise de representação e passa a ser interpretado como um deslocamento e um rearranjo da mesma combinação de elementos que sempre esteve presente desde o final do século XVIII¹⁴².

Urbinati aponta que uma teoria da democracia representativa necessita revisar a concepção de soberania popular, assinala que o significado de representação da sociedade democrática deve ser amplificado, contesta o monopólio da vontade e a política do sim e do não e a abertura de opiniões e debates políticos sujeitas à revisão de modo a tornar a manifestação mais ativa dos atores e tornar de fato um governo representativo¹⁴³.

A teoria democrática e a representação política pouco avançaram desde o séc. XVIII e um conceito mais ampliado de representação política com novas configurações

¹³⁸ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 167.

¹³⁹ MANIN, Bernard. **As metamorphoses do governo representativo**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 29, pp. 5-34. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_01. Acesso em: 18 de agosto de 2018.

¹⁴⁰ URBINATI, Nadia. **O que torna a representação democrática?**. *Lua Nova*[online]. 2006, n.67, pp.191-228. ISSN 0102-6445. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452006000200007>. Acesso em: 18 de agosto de 2018.

¹⁴¹ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 169.

¹⁴² MANIN, Bernard. **As metamorphoses do governo representativo**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 29, pp. 5-34. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_01. P 18. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

¹⁴³ URBINATI, Nadia. **O que torna a representação democrática?**. *Lua Nova*[online]. 2006, n.67, pp.191-228. ISSN 0102-6445. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452006000200007>. Acesso em: 18 de agosto de 2018.

institucionais pode ir além de mandatos eletivos, de modo a alcançar instituições não majoritárias.

A possibilidade de revisar o significado do conceito de representação política a partir da história, possibilita atribuir novos sentidos e fortalecer a democracia e permite novas alternativas para as configurações institucionais. O sentido de representação política deve ser alargado para contemplar grupos minoritários e que não são inclusos no processo político decisório¹⁴⁴.

A questão que se coloca é se, diante da expansão do Poder Judiciário (não majoritário) e seu impacto político nas democracias, é possível atribuir a ele uma representação política. É impossível fechar os olhos para o fenômeno do crescimento do papel institucional do Poder Judiciário e a atribuição de sua responsabilidade política. E compreender esse fato pode contribuir para o fortalecimento da democracia, ampliação da representação política e sua aplicação¹⁴⁵.

Compreender uma instituição como de representação política é verificar que suas atribuições desencadeiam atividade política. Ou ainda que, a partir de suas competências, se tornam, de algum modo, representativas para a sociedade. É, assim que Pogrebinchi bem explica:

É o compartilhamento das consequências políticas de determinada atividade (seja esta promulgação de uma lei, a execução de uma política pública ou a tomada de uma decisão judicial) e sua correspondência às demandas presentes na sociedade o que a torna representativa.[...] o simples caráter de legislador negativo das cortes constitucionais já responde por seu papel político, assim como o mero compartilhamento das consequências de suas decisões responde por seu caráter potencialmente representativo¹⁴⁶.

É certo que a representação abarca componentes democráticos, sendo o principal e notório a escolha dos representantes pelos cidadãos, os quais devem prestar suas contas durante o mandato eletivo. Porém, não é só isso, há também como Manin aponta, os componentes não democráticos, por exemplo, as instituições

¹⁴⁴ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 171.

¹⁴⁵ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 175.

¹⁴⁶ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 176/177.

como as Cortes Constitucionais não eleitas, que revisam a legislação em algumas democracias representativas¹⁴⁷.

Para Cittadino, a atribuição de guarda da Constituição (artigo 102 da Constituição da República) aponta para o caráter político da função assumida no texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Para a autora, a função de declarar o sentido constitucional e o alcance das regras jurídicas pode significar uma ação política, ou que ao menos causará uma repercussão política¹⁴⁸.

Desse modo, compreende-se que atribuir ao Poder Judiciário o caráter de instâncias de representação política depende de ampliar a concepção das condições de validade e legitimidade para atores não eleitos, mas que possuem de fato uma responsabilidade política e consequências sociais em sua atuação. Por assim dizer, a democracia também necessita de critérios mais amplos que não restrinjam apenas na regra da maioria, mas como na consequência das ações da instituição.

Para além de serem compreendidas como instituições políticas representativas, as cortes constitucionais, não obstante seu suposto caráter não majoritário, decorre do fato de não serem instituições eleitas pelo voto popular, e não obstante seu suposto caráter contramajoritário, decorrente de sua competência para invalidar normas promulgadas pelo Poder Legislativo como expressão soberana da vontade da maioria que o elegeu, devem servir, na democracia contemporânea, como instâncias de fortalecimento da representação política, convalidando e aperfeiçoando o trabalho Legislativo¹⁴⁹.

Ao longo do trabalho, mostrou-se que a expansão do Poder Judiciário é realidade em todo o mundo, no Brasil em específico, o Supremo Tribunal Federal adentra cada vez mais em questões políticas, de modo que suas atitudes e decisões carregam alta carga de responsabilidade política e, principalmente, de consequências sociais. Há de se advir que o poder judiciário detém responsabilidade porque sua atuação interfere na sociedade e, de certa maneira, é necessário assim exercer prudência.

¹⁴⁷ MANIN, Bernard, URBINATI, Nádía. **A democracia representativa é realmente democrática? Dois pontos**: Curitiba, São Carlos, volume 13, número 2, p. 143-156, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/43063/28983> . Acesso em 30 de agosto de 2018.

¹⁴⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 62.

¹⁴⁹ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.183.

A intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade pode ser considerada um fato político, pois, desde o fim do século XX, os juízes passam a manifestar-se na vida política (ativismo judicial), na vida internacional (criação do tribunal penal internacional, 1945), na vida econômica (utilização dos tribunais arbitrais), na vida moral (decisões em questões que envolvem bioética), na vida social (quando as pessoas veem no papel do juiz um conciliador, pacificador de conflitos sociais). A expansão do Poder Judiciário foi consequência também de um desencantamento de um ideal democrático engessado. O juiz surge com um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e diversificação que eles mesmos geraram.

O entusiasmo da decisão em todos os setores da vida em sociedade instiga a reexaminar a posição do Poder Judiciário em uma democracia renovada, que é transformada pelo direito¹⁵⁰. O Poder Judiciário é politicamente responsável por suas decisões, principalmente o modo como utiliza os princípios em suas decisões¹⁵¹, como Dworkin¹⁵² aponta, sobre a responsabilidade política dos juízes que

Implica decisões assentada em argumentos de princípio [...] é verdade que o direito presta legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política como comunidade (*Polity*), o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política (*politics*), há uma complicação entre eles na constituição do político. Como ponto de vista partidário, o direito tem papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí política ou público, no sentido daquilo que é da polis, é sinônimo de público, de *res publica*¹⁵³.

Ronald Dworkin, em sua obra *Uma questão de Princípio*¹⁵⁴, sustenta estreitar os laços de princípio e política, traz a concepção de que Direito é princípio e, que através da política (metas), se alcançará os princípios. Para Dworkin, as decisões

¹⁵⁰ GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**; trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Prefácio.

¹⁵¹ Diferenciando decisões ativistas como analisado no primeiro capítulo.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum: **O STF, o contramajoritarismo e o Pomo de ouro**. <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>. Acessado em 20 de julho de 2018.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

judiciais obrigam que, nos debates políticos, sejam incluídos argumentos de princípios¹⁵⁵.

Na teoria de Dworkin não é muito adequado falar em decisão jurídica como um modelo teórico no sentido metodológico, mas sim de decisão jurídica como uma atitude política do julgador concreto, uma atitude de pessoa que experiência prática da interpretação jurídica e que decide politicamente essa interpretação¹⁵⁶.

Dworkin rejeita a ideia de que Direito e Política (politics) são totalmente opostos e que, quando juízes decidem questões constitucionais, colocam suas convicções políticas pessoais como se fossem do próprio poder Legislativo, aceita que as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido, mas não devem basear suas decisões em fundamentos políticos¹⁵⁷. A decisão jurídica é política no sentido de se basear em princípios de moral política e apresentar a interpretação adequada da resposta do direito para os casos concretos.

Para Ronald Dworkin ¹⁵⁸ as decisões jurídicas utilizam argumentos de política e argumentos de princípios, os primeiros são baseados em políticas públicas, que se mostram fortes argumentos para justificar a decisão jurídica, porque de modo simplificado tratam de objetivos políticos da sociedade e de uma comunidade democrática. Enquanto os argumentos de princípios são baseados em convicções morais, uma questão de moralidade política. Para o autor, as decisões são questões de princípios e devem levar os direitos a sério de acordo com a moralidade política da comunidade. Ou seja, para Dworkin, questões de princípios (leia-se moralidade política) devem prevalecer e então devem estar sujeitas à escolha política democrática. Para o autor, é dessa maneira que o constitucionalismo e a decisão jurídica irão fortalecer a democracia, assumindo seu caráter político¹⁵⁹.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001, p. 102.

¹⁵⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 332.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001, p. 3.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001, p. IX.

¹⁵⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 342.

O fato de o Poder Judiciário, em suas atribuições, possuir a responsabilidade política e atribuições de revisão judicial, não quer dizer que deve a jurisdição poder fazer política, ou utilizá-la para justificar sua decisão. A Democracia representativa ainda exige que poderes majoritários decidam sobre política, da mesma maneira que não se pode abrir mão de atender à sociedade e à vontade popular. Assim como quando as questões de política são levadas ao Poder contramajoritário, que deverá decidir utilizando de argumentos de direito (princípios e regras), baseado em convicções morais e projetos constitucionais.

3.2 Qual o lugar da jurisdição?

O déficit democrático não é a única crítica que ronda a atuação judicial em questões de política, mas também, pelos prismas do princípio da separação de poderes. A teoria da separação dos poderes, como é equivocadamente analisada, merece certos questionamentos. O livro *O Espírito das Leis*, de Montesquieu¹⁶⁰, apresenta a ideia de que o Estado é dividido em três espécies de poderes. Sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A proposta e preocupação da teoria era que se os três poderes estivessem inseridos na mesma pessoa, não haveria liberdade na atribuição de suas funções. E em suas lições, Montesquieu, “não sustenta a impenetrabilidade, uns pelos outros, dos poderes que refere”¹⁶¹. Portanto, a teoria de Montesquieu não pretende uma efetiva e literal separação, mas sim, uma distinção de funções entre os poderes, de forma a se estabelecer harmonia e equilíbrio entre eles¹⁶².

A expansão do Poder Judiciário, e a atribuição do controle de constitucionalidade exercida por ele, desencadeou que, para além de suas atribuições, passou a também realizar o controle de razoabilidade das leis, de modo a declarar (a partir de uma preferência pessoal - ativismo) se determinada lei é ou não

¹⁶⁰ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Col. Os pensadores. São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 156-157.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros editora, 2014, p. 226.

¹⁶² Antecipando as críticas as teorias de diálogo institucionais a partir da separação de Montesquieu, é possível verificar que em sua teoria não se falava em efetiva separação dos poderes, mas sim da divisão de funções para que os poderes pudessem atuar com liberdade, mas sempre em equilíbrio e harmonia.

razoável. Quando o Judiciário decide dessa maneira, não está prevalecendo a Constituição, mas sim a preferência pessoal e o valor que cada juiz entenda para o critério da razoabilidade. Ocorre que, no Estado Democrático de Direito, o exercício de decidir pela razoabilidade ou não de determinada lei é exercício primário do Poder Legislativo, desencadeando certa desarmonia entre os poderes¹⁶³. Graú, atribui esse despropósito com o evento estudado no tópico 2.2, dada a supervalorização e utilização demasiada dos princípios.

É necessário, assim, estabelecer qual é (ou deveria ser) o lugar da jurisdição e se é possível que o Poder Judiciário intervenha diretamente em questões de política. Se é possível separar direito e política, e se essa separação é legítima. Bem como, se pode o Poder Judiciário decidir sobre a razoabilidade de leis.

Todos estes fatores levaram à expansão do Poder Judiciário (abordado no tópico 1.3), principalmente o fato da inefetividade das Constituições e das garantias do estado social de direito. No caso do Brasil, país de modernidade tardia, o qual possui dificuldade de efetivar os direitos sociais, faz-se necessária uma postura diferenciada da jurisdição constitucional para que seja possível garantir direitos mínimos e preservar o Estado Democrático de Direito.

O paradigma do Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o direito assume. Dá deia do Direito como ordenação e até mesmo de promoção, exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto instrumento para a aferição da parametricidade formal. Isto demandou um novo tipo de concepção acerca da jurisdição constitucional. Trata-se da instituição de tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarita à materialidade dos textos constitucionais¹⁶⁴.

O direito deve ser entendido para além da realidade social, mas em conjunto, como elemento “constitutivo do modo de produção social”, ele está inserido na estrutura jurídico-política¹⁶⁵. Com o declínio do capitalismo liberal e a necessidade da atuação estatal e com o Estado Social, tornou-se indispensável a reestruturação das

¹⁶³ GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros editora, 2014, p. 343.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p 104.

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros editora, 2014.,p. 21.

atividades estatais. Assim, o Estado passa a desenvolver novas atribuições, utilizando de direitos como instrumento de implementação de políticas públicas¹⁶⁶.

Comparato¹⁶⁷, afasta a objeção de que o Poder Judiciário não possui competência para julgar questões políticas, e que desde o regime republicano já se entendia que uma questão política, mesmo quando decidida fora do âmbito dos tribunais, assumia um caráter jurídico. E, em 1934, embora a Constituição da época possuísse uma regra (artigo 68 da Constituição de 1934) que negava ao Poder Judiciário conhecer de que questões políticas, as questões inevitavelmente estavam adstritas à competência funcional do Poder Judiciário. A simples negativa e abstenção das Cortes Constitucionais às atividades Legislativas já traduz o seu papel político, do mesmo modo que as consequências de suas decisões para a sociedade.

Pogrebinschi, aponta que a atuação da corte tem a capacidade de fortalecer a vontade majoritária expressa por instituições representativas, pois, além de poder convalidar a expressão da vontade majoritária realizada pelo Legislativo, pode aperfeiçoar a produção legislativa¹⁶⁸. E, embora o Poder Legislativo seja o legítimo poder político, propõe um modo de alargar o conceito de representação política, abrangendo as cortes por possuírem também atribuições políticas, concebendo, assim, novos arranjos institucionais.

A necessidade de ampliação do conceito de representação política é consequência das novas atribuições do Poder Judiciário e um meio de demonstração de que é preciso encontrar o lugar do Poder judiciário para lidar com o problema de legitimidade na democracia representativa e do déficit democrático. A expansão do Poder Judiciário impacta nas democracias contemporâneas de modo a incluí-lo também como poder representativo¹⁶⁹. O Diálogo institucional pode ser encarado como mecanismo de inclusão, por ser inquestionável que as atribuições da Cortes Constitucionais interferem de certa maneira nas atividades públicas e na expectativa das demandas da sociedade. A representação política, portanto, deve ser estendida

¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros editora, 2014. p. 27 e COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa. Brasília a.35n. 138 abr./jun. 1998, p. 43.

¹⁶⁷ Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa. Brasília a.35n. 138 abr./jun. 1998, p. 43.

¹⁶⁸ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.9.

¹⁶⁹ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.175.

para atores não eleitos, mas que, todavia, detêm legitimidade democrática para atuar no interesse público e interferência nas questões políticas.

A judicialização dos direitos estabelecidos pela constituição programática atrela o legislador ordinário aos comandos, mas incita a sociedade a provocar o Poder Judiciário para garantir certa aplicabilidade; de modo que é possível entender que a judicialização da política possa ser originária da vontade do Poder Legislativo, já que torna viável a concepção da constituição como atribuição de vários atores¹⁷⁰. A configuração democrática passa a compreender que o Poder Judiciário, embora limitado em sua função técnica e não submetido ao controle eletivo, é convocado a exercer a representação dos princípios e dos direitos fundamentais de corpo político¹⁷¹.

Streck¹⁷² exalta a relevância da função do Poder Judiciário que, além de estar vinculado à Constituição da República e aos direitos fundamentais, tem atribuição também de exercer o poder constitucionalmente garantido do controle de constitucionalidade. Após a promulgação da Constituição da República de 1988 o poder judiciário recebe a atribuição de “guardião da constituição”, de modo que não se pode negar a sua importância à efetivação dos direitos fundamentais como também não se pode ignorar o poder contramajoritário exercido por ele. A responsabilidade política do Poder Judiciário, tratada no capítulo anterior, também é fator que se soma aos outros, tornando-se necessário traçar em qual lugar deve ser posicionado o Poder Judiciário para que cumpra com suas funções o sem comprometer o Estado Democrático de Direito, mas sim reforçá-lo.

Necessário assim estabelecer seus limites de atuação para que possa de fato exercer seu dever de “guardião da constituição”. A atuação do Poder Judiciário é importante para a viabilidade da democracia e efetivação dos direitos fundamentais

¹⁷⁰ Vianna, Luiz Jorge Werneck. **O terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradução Republicada: mudança e conservação**. In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008, p.6. Disponível em <http://www.intranet.novo.ibmecrj.br/intranetaluno/download.php?recid=423>. Acesso em 22 de novembro de 2018.

¹⁷¹ Vianna, Luiz Jorge Werneck. **O terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradução Republicada: mudança e conservação**. In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008. p.6. Disponível em <http://www.intranet.novo.ibmecrj.br/intranetaluno/download.php?recid=423>. Acesso em 22 de novembro de 2018, p.16.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p 215.

individuais e sociais, desde que respeitado o seu campo de atuação e quando em diálogo com os outros poderes, assim entende Canotilho:

O poder judiciário assume relevância a partir do instituto da "*judicial review*" para se instaurar o contra-poder em momentos históricos importantes e para controlar decisões muitas vezes que não garantem os direitos fundamentais dos cidadãos¹⁷³.

Para Bickel, o papel do Poder Judiciário não é ter a última palavra, mas saber como decidir, e como interagir com o legislador e com a sociedade para que questões políticas e de direito se comprometam, de modo que a "missão da corte não é encontrar a resposta certa, mas a resposta que melhor consiga liderar a sociedade, e como as decisões devem integrar a efetividade de decisões políticas"¹⁷⁴. Aponta ainda, que os Tribunais devem agir de forma cautelosa para que atinjam pequeno alcance, preocupando-se principalmente com o papel dominante das instituições políticas¹⁷⁵.

Habermas atribui ao Poder Judiciário condições para exercer a democracia das leis, através de estruturas comunicativas que promovam o direito de participação com a representação de todos os grupos envolvidos, entendendo que somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito.

Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. [...] O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através dos quais uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza¹⁷⁶.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** 4ª. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2000.

¹⁷⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008, p. 110.

¹⁷⁵ BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Trad. Waltensir Durtra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 35.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, tradução Fávio Benó Siebeneicler vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326 e 327.

Para Habermas¹⁷⁷ o direito é desenvolvido por uma interpretação construtiva conectada com o poder comunicativo, que se estabelece em um procedimento de legitimação no qual a jurisdição é legitimada pela aplicação do direito. Este, por sua vez, é legitimado através de um processo democrático com a participação de vários atores¹⁷⁸. Desse modo, o direito se define através de seu comprometimento com seu caráter democrático, mas que se justificaria a partir de uma ideia política deliberativa aberta a discussões. O direito surge, assim, como mecanismo estabilizador das expectativas da sociedade que deverá estar aberto à ação comunicativa¹⁷⁹.

A atribuição do Poder Judiciário de realizar a revisão constitucional e de possuir certa responsabilidade política em suas atribuições pressupõe que haja uma cooperação entre Poder Judiciário e Legislativo, a fim de existir estimada coalizão para sustentar suas decisões. Desse modo, as teorias de diálogos institucionais, justificam-se pelo fato de que o Legislativo necessita dar maior legitimidade e solidez a suas políticas, conferindo-lhes status constitucional¹⁸⁰.

A importância da responsabilidade política atribuída ao Poder judiciário e o problema do ativismo judicial não pode ser acobertada por panos quentes ou confiada apenas ao senso comum sem qualquer senso crítico. Por essa razão, a distinção dos termos ativismo e judicialização, tratada do capítulo 1, se mostra primordial para adequar as devidas atribuições do Poder Judiciário e, principalmente, qual deve ser o seu Lugar na democracia representativa. O Poder Judiciário deve assumir, assim, seu importante papel de responsabilidades políticas nas democracias representativas e revelar-se interlocutor com o Poder Legislativo através do uso adequado das teorias dialógicas.

3.3 O referencial “Many minds” e a humildade interpretativa – minimalista

¹⁷⁷ As críticas à teoria habermasiana não serão abordadas nesse trabalho, apenas a compreensão dos atribuições ao Poder Judiciário e que sua legitimidade decorre de uma abertura comunicativa.

¹⁷⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica contemporânea: do positivismo clássico aos pós positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 563.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2014 – Tese de Doutorado em Direito – Universidade Estácio de Sá, 2014, p. 57.

¹⁸⁰ POGREBINCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.160

Em busca por novos arranjos institucionais que possam fortalecer a democracia e estreitar os laços de tensão entre Constitucionalismo e política, Cass Sustein¹⁸¹ aborda a teoria do minimalismo judicial e trabalha com uma teoria crítica à supremacia judicial em uma possibilidade de uma atividade mais passiva do Poder Judiciário, que compreende que a corte deve decidir pouco, ou o mínimo possível.

O autor Cass Sustein defende a teoria do minimalismo judicial como sendo uma forma de contenção judicial. Ou seja, que a partir de um tribunal minimalista este possuirá maiores capacidades para prever consequências imprevistas e estará mais aberto a promover os ideais democráticos de participação e deliberação e ainda irá fornecer decisões que ampliem uma maior participação de outros atores constitucionais.

Para o autor, os preceitos do minimalismo judicial dificilmente agem de forma ativista, pois tendem a ser cautelosos a impor suas opiniões próprias, além de desfavorecer regras amplas que questionam diversas matérias, mesmo que democraticamente aprovadas, pois preferem deixar questões fundamentais indecisas a opinar de forma pessoal¹⁸². Sunstein, procura demonstrar que o minimalismo pode promover os processos democráticos, pois atribui um alto valor à deliberação, a responsabilização da representação democrática e ideais constitucionais¹⁸³. Mas de que forma seria possível?

O autor responde à questão acima a partir da noção de democracia deliberativa, na qual uma corte minimalista poderia promover a democracia, primeiro: deixando questões a serem deliberadas por atores democraticamente responsáveis, de modo a promover a responsabilidade e deliberação democrática deixando questões constitucionais fundamentais e difíceis para serem decididas por atores democráticos, emergindo do poder judiciário o esforço para assegurar que decisões constitucionais e políticas sejam realizadas democraticamente. Segundo: a corte deve escolher um caminho minimalista para lidar com questões constitucionais de alta complexidade, que dividem a opinião pública e refletem na sociedade. O que poderia

¹⁸¹ SUNSTEIN. Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalismo n the Supreme Cout**. Cambridge: Haverd University. 2001.

¹⁸² SUNSTEIN. Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalismo n the Supreme Cout**. Cambridge: Haverd University. 2001, p. 52.

¹⁸³ SUNSTEIN. Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalismo n the Supreme Cout**. Cambridge: Haverd University. 2001, p. 30.

causar incertezas morais. Para o autor, os tribunais devem evitar decisões e recusar assumir compromissos morais. Conclui, portanto, que os tribunais devem adotar formas de minimalismo que possam melhorar e fortalecer os processos democráticos.

A teoria minimalista busca prevenir raciocínios dedutivos, prefere observar as particularidades de cada caso e pensar através de analogias, pois é consciente de suas limitações e deve prever as consequências das decisões. O atributo do minimalismo é reduzir o ônus da decisão judicial, pois, quanto menos intervenção, menor é a chance de erros e danos judiciais. Outro ponto positivo é que decidir de forma retida favorece novos debates e a democracia deliberativa, pois se abre espaço para novas possibilidades de discussões e até novas decisões. Portanto, o minimalismo é a melhor estratégia judicial quando a corte tem que lidar com questões de alta complexidade e de grandes reflexos sociais¹⁸⁴.

O autor defende que juízes tenham posições minimalistas e que suas decisões sejam mais superficiais que profundas, que as decisões produzam mais justificativas e resultados que o maior número de pessoas possíveis possa concordar – mesmo que em desacordo sobre questões fundamentais – que os juízes decidam casos sem abordar sobre questões mais profundas sobre as vidas sociais e políticas porque estarão menos suscetíveis aos erros e mais tendenciosas a promover a paz social. Decisões minimalistas deixam mais espaço para discussões democráticas e ficam mais abertas ao debate¹⁸⁵.

Cass Sustain compreende que seria então adequado utilizar do minimalismo para decidir questões de incertezas, preferindo silenciar e objetivando privilegiar o diálogo e a democracia ao devolver o problema ao poder majoritário. Portanto, Cass Sunstein defende que a corte pratique o diálogo através de ações minimalistas¹⁸⁶ e

¹⁸⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008, p. 113.

¹⁸⁵ SUNSTEIN, Cass.R.. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 50.

¹⁸⁶ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008, p. 118.

técnicas de aconselhamento nos quais a corte cria condições para que os poderes possam conversar e evitar o discurso de última palavra”¹⁸⁷.

Para Sunstein, a atuação minimalista da Corte é a opção mais adequada à jurisdição constitucional, na qual deverá o tribunal dizer não mais que o necessário para a solução do caso e deixar o quanto possível sem decidir. O autor defende que assim o uso construtivo do silêncio com o objetivo de reduzir questões polêmicas e minimizar o risco de erro em decisões de casos complexos. Pois se o tribunal diz mais do que deveria, pode-se retirar a chance do Poder Legislativo (poder majoritário) engajar suas forças para elaborar leis democráticas, ou trabalhar de forma mais ampla para atingir uma sociedade no todo¹⁸⁸.

Através do argumento *many minds*, Cass Sunstein¹⁸⁹ compreende que deve ser levada em conta a interpretação da constituição a partir de muitas pessoas e atores. Ou seja, não deve restringir ao poder judiciário pois deve levar em conta a sociedade democrática como um todo. No artigo “Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, *backlash* e hermenêutica” dos autores Fábio Correa Souza de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira¹⁹⁰, demonstra-se que o argumento *many minds* defendido por Cass Sunstein é um referencial que aponta que a interpretação da Constituição deve ser o produto de muitas mentes e não uma construção somente jurídica. O que se propõe é que os juízes devem ter colaboração das demais instâncias, executivo, legislativo e da população.

Para o autor, deve existir um grau de humildade dos juízes para aceitar e absorver a opinião de várias mentes.

Saliente-se que as virtudes passivas judiciais denotam um cariz dialógico, na medida em que possibilitam a abertura ou a continuidade do debate, estimulando a deliberação e a resolução de questões controversas pelos atores políticos. Contudo, a deferência não é absoluta, conhece

¹⁸⁷ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008, p. 120.

¹⁸⁸ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39

¹⁸⁹ SUNSTEIN, Cass.R.. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey, Princeton University Press, 2009, p.17 – 18.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011.

temperamento pelo tema: se em risco direitos fundamentais de minorias vulneráveis, cresce em apelo a atuação jurisdicional¹⁹¹.

Para Sunstein, as grandes questões iniciam nas instâncias eleitas através de processos democráticos. Assim, a atuação dos magistrados deve ser de “ratificação e de entendimentos já construídos, propagados e consolidados pelas *many minds*”¹⁹².

¹⁹¹ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011, p. 110.

¹⁹² OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011, p. 110.

4 TEORIAS DIALÓGICAS E BACKLASH

O diálogo pode ser estabelecido em uma troca de ideais, discussões que geralmente tem o objetivo de se chegar a um consenso entre os interlocutores. O diálogo entre as partes demonstra a boa vontade em que cada interlocutor aponte o seu ponto de vista e a troca de ideias referente a algo e até mesmo no objetivo de se chegar a uma compreensão recíproca de algo.

Como se pode discutir diálogo entre as instituições? É possível que instituições possam dialogar entre si?

O capítulo final desta dissertação analisará algumas teorias que apostam na possibilidade de diálogos institucionais. Deve-se tentar extrair das teorias dialógicas não a igualdade de significado do diálogo de forma habitual, mas sim de forma mais abrangente e leve, de modo a tentar enxergar se é possível uma troca de informações, e ideias entre os poderes.

Uma primeira constatação é que o estudo das teorias dialógicas remete a uma questão central: as relações entre política e direito. Esta articulação revela-se com toda força no processo interativo dos atores políticos envolvidos antes e depois da construção das decisões judiciais, sendo esta completude uma característica inerente ao universo dialógico¹⁹³.

A ideia de cooperação entre as instituições surge, entre outros motivos, da necessidade de minimizar a supremacia de uma instituição sobre a outra e de tentar afastar a disputa pela última palavra, tentando restabelecer laços entre constitucionalismo e democracia. As teorias dialógicas buscam apontar que a cooperação dialógica entre instituições pode ser uma melhor resposta para a solução da efetividade de direitos e restabelecimento da democracia, pois demonstram que a jurisdição constitucional, associada à supremacia do poder judiciário, nem sempre é a melhor opção para garantir direitos fundamentais¹⁹⁴.

¹⁹³ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p.101.

¹⁹⁴ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p.101.

4.1 Interpretação e *backlash*

A ascensão do constitucionalismo e uma maior atuação do poder Judiciário no campo político e em questões polêmicas desencadearam certas reações políticas e sociais contrárias ao que foi decidido. O Poder Judiciário, responsável pela jurisdição constitucional passa a adquirir maiores atribuições para a solução de casos de grande repercussão que dividem a sociedade, assim, não é tarefa simples delimitar o que é questão política ou questões passíveis de intromissão do Poder Judiciário¹⁹⁵.

Tem-se, assim, autores que são a favor de uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, por exemplo Barroso. E outros, como Waldron, Tushnet, Cass Sunstein, que já adotam entendimento de que o Poder Judiciário deve ter uma atuação mais restritiva. De qualquer forma, seja qual for o entendimento, seja para uma atuação do Poder Judiciário mais intensa ou não, é de consenso que suas decisões, principalmente quando envolvem questões mais sensíveis e polêmicas, geram reações políticas e sociais¹⁹⁶.

O autor Michael Klarman¹⁹⁷ foi pioneiro em disseminar a palavra Backlash para expressar a reação contrária à atuação judicial. A reação, ou contra-ataque à decisão judicial pode ocorrer de várias maneiras, como uma atuação do Poder Legislativo ao editar normas contrárias às decisões, ou no campo político, através das eleições em que os candidatos que tenham vertente ideológica contrária às decisões judiciais recebem mais votos e se elegem. Ou ainda pode ocorrer através de manifestações populares.

Klarman questiona se as decisões judiciais de grande impacto social cumprem com a tarefa constitucional. Para ele, as decisões judiciais podem gerar uma alta resistência e acarretar retrocessos e prejuízos para conquistas dos direitos

¹⁹⁵ MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha- Itália. Disponível em: http://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Constitucional. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

¹⁹⁶ MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha- Itália. Disponível em: http://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Constitucional. Acesso em: 11 de janeiro de 2018.

¹⁹⁷ KLARMAN, Michael J. **How Brown changed race relations: the backlash thesis**. In: The journal of American history, v. 81, n. 1, 1994.

fundamentais. O autor aponta que, embora a decisão da Suprema Corte em *Brown v. Board of Education*¹⁹⁸ seja considerada uma das mais importantes, o autor demonstra que a decisão, neste caso, teve mais efeitos indiretos que diretos para o caso de segregação racial. O autor demonstra que a decisão de Brown causou uma intensa reação racial, criando um ambiente político desfavorável aos direitos civis, gerou retrocesso ao progresso racial, encorajou pessoas que se sentiam ameaçadas com o fim da segregação racial e desencadeou reação em pessoas que antes eram indiferentes aos problemas raciais.

Além disso, a decisão de Brown foi certamente responsável por um evento que ocorreu apenas duas semanas após a decisão do Tribunal: a reversão por referendo de a decisão tomada pelo conselho da cidade de Birmingham no início daquele ano para revogar a proibição de eventos esportivos inter-raciais¹⁹⁹.

Assim, Klarman, sustenta que a decisão de Brown além de inspirar uma enorme reação contra a mudança racial, gerou retrocessos políticos e jurídicos sobre o tema. A tese descrita como *backlash* demonstrou que a reação causada pela decisão da corte sobre o assunto causou grande resistência as questões raciais.

Outro exemplo de *backlash* foi o debate ocorrido em 1972 sobre a pena de morte nos Estados Unidos no caso *Furman v. Georgia*²⁰⁰. Por 5 votos a 4 a Suprema Corte decidiu que a condenação à pena de morte representava pena cruel e degradante, violando a Constituição. A posição do tribunal de ao invés de gerar o consentimento em relação às punições severas, teve reação contrária por parte dos conservadores e fortaleceu sobremaneira os partidos políticos que se posicionaram em sentido contrário ao da Corte, esses partidos passaram a ocupar diversos cargos

¹⁹⁸ U.S. Supreme Court *BROWN v. BOARD OF EDUCATION*, 347 U.S. 483 (1954). Decisão que colocou fim as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas do país. Porém Michael Klarman demonstra o efeito *backlash* no qual o julgado provocou reações adversas, provocando resistência política e social contrários à decisão que desencadeou vários conflitos extremistas. KLARMAN, Michael J. **How Brown changed race relations: the backlash thesis**. In: *The journal of American history*, v. 81, n. 1, 1994. p. 82.

¹⁹⁹ KLARMAN, Michael J. **How Brown changed race relations: the backlash thesis**. In: *The journal of American history*, v. 81, n. 1, 1994. p117." Moreover, the Brown decision was surely responsible for an event that occurred just two weeks after the Court's ruling: the reversal by referendum of the decision made by the Birmingham city council earlier that year to repeal the local ban on interracial sporting events".

²⁰⁰ U.S Supreme Court *FURMAN V. GEORGIA*, 408 EUA 238 (1972).

no parlamento e lutavam por uma legislação penal mais rígida²⁰¹. Com o clamor político, a pena de morte foi instituída em vários estados que antes não adotavam, ou seja, o desejo da Corte em acabar com a pena de morte teve efeito contrário, cominando, inclusive, no aumento da rigidez penal em diversos estados²⁰².

Fabio Correa Souza de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira²⁰³ apontam três motivos para a ocorrência do efeito *backlash*: 1- quando a decisão aborda assunto de grande controvérsia. 2- Quando acomete um sentimento de não aceitação e desconforto resultante de interferência externa. 3- Resistência da sociedade à interferência do poder judiciário no campo político.

No mesmo caminho, Cass Sunstein²⁰⁴ também demonstra uma reação mais negativa do *backlash*. Para ele, o efeito *backlash* é uma rejeição à decisão jurídica e, apoiado em sua teoria do minimalismo, afirma que o *backlash* é uma das consequências de o Poder Judiciário decidir questões políticas controversas, o qual tem o poder de produzir um retrocesso social e a deslegitimação, tanto da corte como da própria decisão. Assim, Sunstein defende o minimalismo judiciário para minimizar os riscos às “reações adversas”²⁰⁵. O autor adverte ainda que os tribunais devem estar atentos às reações, mais que isso, o tribunal, ao decidir, deve levar em conta o *backlash* e prever qual será a reação de suas decisões para que possa decidir da melhor forma possível²⁰⁶.

Nesse entendimento, é possível estabelecer que decisões judiciais que contrariem o senso comum e a opinião pública são mais tendenciosas ao fenômeno do *backlash*.

²⁰¹ MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha- Itália.

²⁰² MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha - Itália, p.6.

²⁰³ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011. P124.

²⁰⁴ SUNSTEIN, C.R. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey, Princeton University Press, 2009.

²⁰⁵ SUNSTEIN, C.R. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey, Princeton University Press, 2009, p.20.

²⁰⁶ SUNSTEIN, C.R. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey, Princeton University Press, 2009, p.126.

Revela realçar que decisões judiciais especialmente refratárias ao senso comum carregam maior chance de *backlashs*, o que assume gravidade ou dramaticidade em função do decantado caráter antimajoritário do Judiciário. Ou seja, esta gangorra judicial: busca a confiança, a adesão popular; e a rejeita em nome do Direito (ou da concepção do Direito)²⁰⁷.

Conforme menciona Marmelstein, embora haja de fato uma preocupação com os riscos da reação à decisão judicial, não se pode abandonar por completo a importância do Poder Judiciário para a implementação dos direitos fundamentais. É possível verificar que alguns autores que serão apresentados conseguem vislumbrar algum benefício do efeito *backlash*²⁰⁸.

Os autores Robert Post e Reva Siegal²⁰⁹ apontam que o fenômeno do *backlash* acontece quando a integridade do Estado colide com a necessidade da ordem Constitucional para uma democracia legítima e lançam um novo olhar sobre o tema, propondo o modelo que chamam de constitucionalismo democrático. A premissa de tal modelo está ancorada no fato de que a autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática. Assim, os autores apresentam o entendimento de que o efeito *backlash* produz algum proveito para a legitimidade democrática da Constituição, pois o envolvimento dos cidadãos nos conflitos constitucionais pode contribuir para uma melhor interpretação da Constituição.

Post e Siegal, estudando os casos *Brown v. Board of Education*, *Roe vs. Wade*²¹⁰ e outros casos, a partir dos reflexos dessas importantes decisões, identificou que, por ser a sociedade americana muito diversificada em seus valores e visões de questões sociais, estas discussões refletem essa heterogeneidade e, desse modo, as decisões judiciais que abordam essas questões provocam resistência popular porque são temas que possuem grande adoração e divergência entre os Americanos. Essa resistência é vista pelos autores como o desejo de que a Constituição seja cumprida

²⁰⁷ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011. p.125.

²⁰⁸ MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha- Itália. p. 9.

²⁰⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roer age: democratic constitutionalism and backlah**. In: *Havard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

²¹⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). A suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez, com fundamento ao direito constitucional à privacidade da mulher. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em: 11 de janeiro de 2019.

de forma a refletir a compreensão social dos ideais constitucionais. Assim, os autores propõem um modelo que soma os esforços dos poderes para cumprir a Constituição sob condições de divergências públicas.

O constitucionalismo democrático afirma o papel do governo representativo e mobiliza os cidadãos na aplicação da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel dos tribunais em usar a razão legal profissional para interpretar a Constituição. O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais impostos judicialmente na política Americana²¹¹.

Para os autores, o constitucionalismo democrático sugere que as controvérsias provocadas pela tomada de decisões judiciais podem ter benefícios para a ordem constitucional e o efeito do *backlash* pode ser mecanismo de contestação da sociedade a fim de influenciar o conteúdo do direito Constitucional. A sociedade Americana confia no fato de que a Constituição é do povo, o que fomenta o engajamento com questões constitucionais. O Constitucionalismo democrático conceitua o fenômeno do *backlash* não somente na perspectiva dos tribunais, mas também a visão dos cidadãos engajados nas questões de grandes repercussões para forçar o tribunal e o legislativo a conciliarem com o que eles acreditam ser o entendimento correto da Constituição. Ou seja, pressionam para uma interpretação democrática e dialógica da Constituição²¹².

No Brasil, o efeito do *backlash* também pode ser observado em diversas decisões e posicionamentos do tribunal. A eleição de 2018, na qual saiu vencedor o candidato Jair Bolsonaro (PSL) espelha a ascensão de grupos conservadores diante de decisões mais progressistas do tribunal. A posição do STF em relação às uniões homoafetivas, por exemplo, gera na política o crescimento de líderes políticos conservadores favoráveis ao chamado “Estatuto da Família”, bem como projetos de leis que são totalmente contra o aborto. Por outro lado, é difícil pensar que, sem a

²¹¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roer age: democratic constitutionalism and backlah**. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019, p. 7. “Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. [...] Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity”.

²¹² POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roer age: democratic constitutionalism and backlah**. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019. p. 18.

atuação do Poder Judiciário, questões como, por exemplo, sobre o direito dos homoafetivos seriam abertamente discutidas e poderiam ter certo ganho no ordenamento brasileiro²¹³.

George aponta também como exemplo de algum benefício do *backlash* a decisão no caso *Goodridge v Departamento of Public Health*, que proibiu a discriminação de casais homossexuais e, apesar de desencadear uma reação por parte dos conservadores, houve maiores debates sobre o tema e várias mudanças de opinião a favor da luta pela proibição da discriminação aos homossexuais, desencadeando, no ano de 2015, o reconhecimento da Suprema Corte norte-americana do direito dos homossexuais ao casamento, no caso *Obergefell v. Hodges*²¹⁴.

Vanice²¹⁵ concorda que as decisões do poder Judiciário sobre temas de grande repercussão podem despertar reações mais ou menos significativas. Porém, que o Judiciário ao decidir, leva em consideração as possíveis reações (*backlash*) institucionais ou sociais.

Assim, Já se afirmou que os reflexos possíveis da decisão judicial são sim um elemento considerado pelo Tribunal quando formula seu juízo; que a ampliação do espaço de atuação do Judiciário só se viabiliza porque há, se não uma concordância, quando menos uma leniência dos demais braços especializados do poder; que ações e reações entre Judiciário e Legislativo eventualmente obedecem a um padrão menos do suposto confronto contramajoritário e mais de acordos implícitos; tudo isso evidenciando que o judiciário não é indiferente aos efeitos que seus provimentos determinam sobre os demais integrantes dessa arquitetura do poder político²¹⁶.

²¹³ MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha - Itália, p. 13.

²¹⁴ MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em Outubro de 2016, em Bolonha - Itália, p. 9

²¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições. 2013 Disponível em em: < https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 30 de Outubro de 2018.

²¹⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições. 2013, p. 3.

Em seu artigo, Vanice desmitifica que o fenômeno do *backlash* seja sempre revestido de uma carga semântica negativa ou repressiva. Para a autora, quando se trata da dinâmica da jurisdição constitucional, é importante esclarecer que o conceito de *backlash* deve ser desassociado do julgamento negativo ou do erro²¹⁷.

Assim, desassociado o *backlash* do negativo, do erro do bom ou do ruim, tem-se, no entendimento de Vanice, uma manifestação da desavença a uma alteração do *status quo*, é a reação à mudança. A reação estará propícia ao acontecimento, principalmente no cenário de ampliação da atuação dos poderes judiciais.

Disso decorre que parece previsível que o *backlash* se intensifique, num cenário de ampliação crescente do universo temático sobre o qual recaem as manifestações judiciais – do Supremo Tribunal Federal inclusive. Decidir mais não significa decidir melhor; e decidir mais em matérias sensíveis como o são as grandes questões morais e os temas que envolvem diretamente a proteção a direitos fundamentais, importa em adentrar firmemente em terreno sujeito a grandes controvérsias – portanto, férteis à reação, inclusive creditada à insuficiência na transformação empreendida pela nova conformação das coisas desenvolvidas pela ordem judicial²¹⁸.

O efeito *backlash* leva à busca de uma importante compreensão sobre qual seria o papel da reação no sistema em que o sentido constitucional é determinado pelo poder judiciário, “especialmente tendo em conta o alegado potencial antidemocrático da reação negativa à decisão da Suprema Corte”²¹⁹. Nesse consenso, o papel constitucional atribuído ao Poder Judiciário, sua percepção e sensibilidade às reações de suas decisões, devem ser ponto de grande análise. Na reabertura do julgamento da Ação Penal 470, essa mesma preocupação foi exposta no pronunciamento do Ministro Celso de Mello²²⁰:

Não nos olvidemos, jamais, Senhor Presidente e Senhores Ministros, das sábias palavras do saudoso Ministro Luiz Gallotti, que lançou grave

²¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições. 2013, p. 9.

²¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições. 2013, p.10.

²¹⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições. 2013, p.11.

²²⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições. 2013, p. 12

advertência sobre as consequências do processo decisório nesta Corte, ao enfatizar que o Supremo Tribunal Federal, quando profere os seus julgamentos, também poderá, ele próprio, ser julgado pela Nação e pelos cidadãos desta República ²²¹.

O Poder Judiciário não é alheio ao efeito *backlash*, ao contrário, as reações provocam, de certa maneira, uma preocupação relevante para o funcionamento da Corte e têm o poder de direcionar, mesmo que de modo reflexo, no processo de formação da decisão. É possível compreender, também, que o *backlash* pode ser representado como um evento natural da jurisdição constitucional e consequência da expansão do poder Judiciário, em relação às decisões sobre matérias de grande relevância social e temas sensíveis. De tal modo que a interferência da Corte nessas questões gera reações tanto sociais quanto do poder Legislativo, podendo ser traduzida como uma relação entre a Jurisdição Constitucional e a reação legislativa. Assim, pode-se estabelecer que o *backlash* abre portas para as teorias dialógicas que buscam influências recíprocas dos poderes para a compatibilização com o Estado Democrático de Direito, como aponta Vanice:

O processo de revelamento do querer da Carta de 1988 não se esgota numa decisão em particular, mas prossegue, num diálogo institucional permanente, sem o que se teria o risco de uma dissociação entre o Texto e a sociedade que ele pretende conformar. Assim, não obstante o *backlash* se verifique em relação a uma decisão judicial já concretizada, nem por isso é desimportante o seu reconhecimento, e a decodificação do que aquela reação negativa quis significar como divergência²²².

A proposta de Vanice de incorporar o *backlash*, como alternativa à promoção da democracia e ao diálogo e cooperação entre as instituições, pressupõe que haja a identificação da justificativa da decisão da corte e as razões da divergência (reação) por parte da sociedade para identificar quais respostas sociais merecem consideração. Isto numa perspectiva de construção do sentido constitucional e fortalecimento da democracia.

²²¹ Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/23910-mensalao-ministros-nao-conseguem-pacificar-clima-no-plenario-do-stf>. Acesso em: 1 de novembro de 2018.

²²² VALLE, Vanice Regina lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições, 2013.

4.2 Relações de cooperação

O novo constitucionalismo nasce do reconhecimento da materialidade das Constituições e dos impulsos para a concretização das garantias que formam o novo contrato social que institui o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a democracia institui também um objetivo maior de garantir proteção aos direitos garantidos pelas constituições. E, como consequência, preservar as decisões majoritárias ali instituídas, mas ajustando para que os direitos fundamentais das minorias também sejam garantidos. Vê-se a necessidade de observar mecanismos e instrumentos legítimos para realizar a proteção.

Cria-se também um ambiente de grandes discussões em relação a quem cabe "a última palavra" ou quem deve prevalecer - de um lado, o Poder Judiciário, que recebe a atribuição da solução dos conflitos, mas que, a partir da promulgação da Constituição programática e dirigente, passa a assumir um protagonismo de decisões que invadem questões políticas e também ganha destaque a permissão para uma "atuação mais ativa na implementação de direitos sociais" ²²³. Do outro lado, o Poder Legislativo como poder eleito democraticamente para representar o povo para criação de normatividade e para decisões políticas²²⁴.

O sistema de controle de constitucionalidade é então questionado, já que pressupõe a supremacia de um poder sobre os demais, pois, a princípio, em se tratando de controle constitucional, a última palavra preponderantemente será atribuída ao tribunal constitucional²²⁵. Pois um poder não democrático possui a atribuição de julgar inconstitucionais leis emanados de poderes eleitos e que, a pretexto de proteger a Constituição, o tribunal anula a vontade da maioria e impõe sua interpretação constitucional²²⁶.

²²³ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A nova crítica ao judicial review: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência Brasileira**. coord SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, p. 243.

²²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

²²⁵ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

²²⁶ ALARCON, Sylvio. **Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes**. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 17, p. 1-13, 2013.

Como vimos acima, a revisão judicial é muito discutida entre autores, os quais se diferem em níveis de aceitação, já que se poderia comprometer o arranjo democrático ao se atribuir ao Poder Judiciário (não eleitos) a competência de revogar decisões tomadas pelo parlamento (eleitos). Assim, há autores que negam a revisão judicial, como Waldron, que opõe-se à jurisdição constitucional e se dedica a garantir o prestígio aos poderes eleitos democraticamente, afirmando que o parlamento tem a capacidade de melhor garantir a Constituição e os direitos fundamentais; autores como Ely e Bickel que toleram, com argumentos de que a suprema corte somente poderia atuar se houvesse pela convicção de que há violação da Constituição da República por parte do Poder Legislativo. E autores que entendem ser totalmente possível que a Suprema Corte tenha controle sobre os atos do legislativo como, por exemplo, Ronald Dworkin²²⁷.

Para Dworkin, a jurisdição é completamente legítima, de modo que mesmo se as cortes errem ao encontrar a resposta correta, elas ainda teriam melhores condições para dar a última palavra. A concepção de democracia de Ronald Dworkin supera o procedimentalismo majoritário, para ele a concepção de democracia deve buscar produzir decisões que respeitem os direitos fundamentais também das minorias.

Em suas próprias palavras, o objetivo que define a democracia deve ser pautado em:

Que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito [...] a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas de soberania da maioria²²⁸.

Em posição contrária ao entendimento de Dworkin, Jeremy Waldron - com uma proposta procedimentalista - afirma que afronta a democracia atribuir aos juízes decisões políticas e controversas, pois estariam retirando essa atribuição dos poderes majoritários²²⁹. Diferente de Dworkin, Waldron afirma que não se pode atribuir à corte

²²⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIA, Vivian Amaro. **Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista**. UFSC, Florianópolis, SC: e, n. 65, p. 189-207, dez, 2012.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

²²⁹ Em seu livro a dignidade da legislação, Waldron embora argumente contra a posição substancialista de Dworkin é realista no atual descrédito da atividade legislativa "As pessoas convenceram-se de há

o ônus da resposta correta e que a intenção legislativa é composta de um produto de multidão e seus representantes. De modo para Waldron quanto maior o grupo maior a probabilidade de se chegar a resposta correta.²³⁰

A corte cumpre um papel importante no esforço institucional para fazer com que o bom argumento seja variável de peso na competição democrática. Um retorno à tensão entre forma e substância ajuda a clarear este ponto. Waldron tenta suprimir essa tensão na montagem de instituições. Para ele, quando discutimos a autoridade democrática, é sobre procedimentos, e nada mais, que devemos falar. Como resultado dessa orientação normativa, temos um regime de supremacia parlamentar (por ser o procedimento mais justificável). Mesmo que possamos discutir a justiça das decisões legislativas, essa autoridade não pode ser questionada com base em argumentos substantivos. Afinal, discordamos e precisamos de um foro comum para resolver nossas diferenças²³¹.

Para tentar resolver a tensão existente entre as diferentes teorias, de um lado substancialista e de outro procedimentalista, "a perspectiva do diálogo, ao relativizar a última palavra, mostra que a alternativa à supremacia do parlamento não é necessariamente a soberania, pura e simples, da corte, mas um jogo interativo mais rico e complexo"²³². Desse modo, não mais importa qual instituição - corte ou parlamento - deverá ter a última palavra e sim a capacidade de cooperação e diálogo entre elas.

Assim, a ideia de constitucionalismo cooperativo surge a partir de buscas para encontrar soluções e novas alternativas para a tensão Constitucionalismo–Democracia, a partir da experiência do fim do século XX nos países da *commonwealth* (Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra), que se propunham a estabelecer o equilíbrio

algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. 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, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter" WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

²³⁰ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 37

²³¹ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008, p. 201.

²³² MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008, p. 202.

entre o compromisso normativo e a jurisdição²³³. A perspectiva do constitucionalismo cooperativo é desentranhada pela comunicação interativa entre os poderes e a sociedade, com objetivo de repensar novos horizontes para a ideia da não supremacia judicial e sim o caráter legitimador das relações de cooperação²³⁴.

A reflexão quanto a um constitucionalismo em que as relações de cooperação se desenvolvem dentro do plano nacional, tendo em conta uma dimensão horizontal das diversas instâncias de poder político organizado, é alternativa em meio à infundável disputa sobre a legitimidade do *judicial review* e seus riscos à democracia²³⁵.

Portanto, uma maior cooperação entre as instituições pode ser uma melhor resposta para a solução da efetividade de direitos e restabelecimento da democracia, a fim de concretizar o papel de garantidor e guarda da constituição tanto para o poder Judiciário quanto do poder Legislativo.

O autor Mark Tushnet²³⁶ estuda formas alternativas do *judicial review*, aponta então, a possibilidade de exercer a revisão judicial através da junção entre a supremacia legislativa e a implementação judicial de limites constitucionais. O autor chama uma das alternativas de *weak courts e strong rights* e aponta que a criação de formas mais fracas de revisão judicial pode permitir direitos mais fortes²³⁷.

Tushnet assinala que o novo modelo de revisão judicial de forma fraca é uma possibilidade de reconciliar democracia com constitucionalismo, unindo as melhores características dos modelos tradicionais, pois confere ao tribunal a responsabilidade constitucional de rever o trabalho do legislativo sobre direitos, mas preservando a autoridade do legislativo em ter a última palavra. Ou seja, para a proteção dos direitos, envolveria promover um diálogo entre tribunais e legislaturas.

²³³ VALLE, Vanice Regina Lírio do, SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Trabalho publicado no Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP em novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2209.pdf. Acesso em: 24 de dezembro de 2018

²³⁴ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 41.

²³⁵ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 51.

²³⁶ TUSHNET, Mark V. **Alternative Forms of Judicial Review (2003)**. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 259. Acesso em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>. Disponível em 05 de janeiro de 2019.

²³⁷ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton University, 2008.

Os sistemas de forma fraca são atraentes, em parte, porque preservam a autoridade legislativa: Os sistemas de forma fraca são atraentes, em parte, porque preservam a autoridade legislativa: Os sistemas de forma fraca pressupõem que as legislaturas responsáveis por participar do desenvolvimento do significado constitucional, em diálogo com os tribunais, o farão razoavelmente²³⁸.

A compreensão de Tushnet é conferir que as legislaturas respondam às decisões – em diálogo - dizendo o que os tribunais deixam de especificar no conteúdo constitucional social ou econômico, ou o que os tribunais extrapolaram ao realizar direitos²³⁹.

A ideia central envolve uma compreensão de abrangência do papel da jurisdição constitucional, tendo em vista duas dimensões: enunciação de direito – remédios jurisdicionais disponíveis à sua efetivação. Na concepção proposta por Tushnet, o equilíbrio entre princípio democrático e garantia de direitos estaria mais bem assegurados por meio de uma contenção judicial no que toca às possibilidades de enunciação de conteúdo – atribuição mais adequada ao Legislativo -, e de um fortalecimento judicial no que diz respeito à efetivação desse conteúdo, nos limites já estabelecidos. Às cortes caberia, portanto, uma atuação deferente em relação ao Legislativo no que diz respeito às escolhas empreendidas em tema de conteúdo de direitos e uma atuação mais agressiva para garantir os já enunciados²⁴⁰.

Nesse mesmo sentido, Dixon²⁴¹ defende um compromisso de cooperação entre tribunais e legislativo utilizando o diálogo constitucional como meio para uma melhor aplicação de direitos. A autora aponta que a teoria dialógica impõe limites de competência judiciária da mesma forma que atribui aos tribunais maiores responsabilidades para conter eventuais bloqueios legislativos à realização de direitos constitucionais. Os bloqueios apontados pela autora são chamados de “pontos cegos” - *blind spots* - e “carga de inércia”, que traduz a inércia do poder legislativo no processo de elaboração e implementação da lei²⁴².

²³⁸ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton University, 2008, prefácio XII. “*weak-form systems are attractive in part because they preserve legislative authority: weak-form systems assume that legislatures given responsibility for participating in the development of constitutional meaning, in dialogue with the courts, will do so reasonably well*”.

²³⁹ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton University, 2008, prefácio XI.

²⁴⁰ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p.53.

²⁴¹ DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited**. International Journal of Constitutional Law, vol.5, No.3, pp.391-418, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

²⁴² DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited**. p 402. *in a dialogic understanding, the legislative process will be subject*

Os *blind spots* podem surgir por diversas razões, 1 – O legislativo deixa de reconhecer que uma lei pode ser aplicada de uma forma que viole direitos, o que geralmente ocorre por pressões em tempo de deliberação ou por limitações à atuação legislativa (*blind spots of application* – pontos cegos de aplicação). 2- Os legisladores falham em antecipar o impacto de leis sobre direitos por não conhecerem a realidade ou a própria perspectiva dos reivindicadores de direitos (*blind spots of perspective* – pontos cegos de perspectiva). 3- Os legisladores que estão focados em apenas alguns objetivos mais específicos podem não estar preparados para decidir direitos de forma mais ampla e que atenda os objetivos. (*blind spots of accommodation* – pontos cegos de alojamento).²⁴³ Outros fatores indicados por Dixon contribuem para a inercia do poder legislativo, como por exemplo o fato de que o processo legislativo é demorado, ou a pauta legislativa são dotadas de prioridade geralmente eleitorais. Ou porque a atuação legislativa causa atrito e divisões de opinião dentro dos partidos e a inercia do ponto de vista eleitoral seja mais benéfica²⁴⁴.

Assim, Dixon compreende que um entendimento Dialógico pode identificar os pontos cegos e a inércia do legislativo através de outros atores, dentre eles os tribunais, que podem mitigar os bloqueios e garantir maior efetivação dos direitos constitucionais. Enquanto isso, a visibilidade atribuída aos processos e decisões judiciais significará que os tribunais também podem desempenhar um papel importante nos direitos reivindicantes não representados, individual e coletivamente, ajudando a combater os pontos cegos²⁴⁵.

to a series of blockages arising from both the potential for blind spots and burdens of inertia in the processo f lawmaking and implementation”.

²⁴³ DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited.** International Journal of Constitutional Law, vol.5, No.3, pp.391-418, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716. Acesso em: 21 de outubro de 2018, p. 402.

²⁴⁴ DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited.** International Journal of Constitutional Law, vol.5, n° 3, pp.391-418, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716. Acesso em: 21 de outubro de 2018, p. 403.

²⁴⁵ DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited.** International Journal of Constitutional Law, vol.5, n° 3, pp. 391-418, 2007, p. 405. *“Meanwhile, the visibility that attachés to court proceedings and decisions will mean that courts can also play an importante role in helping rights claimants not otherwise represented in the legislature make their voices heard, individually and collectively, thus helping to conter blind spots of perspective.”*

O modelo de diálogo institucional, defendido por Dixon, propõe novas ideias e equilíbrio no processo político, objetivando encorajar o poder legislativo a ser mais ativo como também ampliar a abrangência constitucional das Cortes.

Importa o constitucionalismo cooperativo, portanto, na afirmação de que, ainda que se tenha em conta a supremacia da constituição e que a proteção desse valor se tenha confiada ao Judiciário, disso não decorre a exclusão da possibilidade/ utilidade de se compartilharem, com as demais estruturas do poder, das tarefas envolvidas no resultado final “efetividade de direitos”. Ao contrário, essa revela-se-ia a estratégia mais legítima do cumprimento desse mister, afastando a adoção de uma *Judicial review* encerrada no isolacionismo da supremacia clássica, hermética e não cooperativa²⁴⁶.

O compromisso democrático será valorizado a partir do constitucionalismo cooperativo e do diálogo, pois as decisões judiciais poderão ser limitadas por ação do poder legislativo e o processo de intervenção judicial terá o potencial de minimizar a inércia do legislativo²⁴⁷.

4.3 Diálogos Institucionais

Uma tentativa de diálogo entre as instituições surge de uma necessidade de balancear e evitar uma sobreposição de um poder em relação a outro. Tanto quanto a importância de estudar os diálogos institucionais - interações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, verifica-se a importância, também, dos diálogos sociais²⁴⁸, aqueles que incluem nas pautas de discussões constitucionais e políticas a interação entre os poderes e a sociedade, através de participação popular ou a própria manifestação através do sufrágio universal.

O diálogo assume então um importante papel para o Estado Democrático de Direito, objetivando uma perspectiva de um constitucionalismo cooperativo, no qual há uma comunicação interativa entre os poderes e a sociedade, repensando, assim, uma nova reconstrução para minimizar os efeitos da judicialização e o déficit democrático. Na sistemática de balanceamento de pesos e contrapesos, busca-se

²⁴⁶ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55.

²⁴⁷ DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited**. International Journal of Constitutional Law, vol.5, No.3,pp.391-418, 2007, p. 407.

²⁴⁸ Embora o trabalho desperte a importância para diálogo social, este não será objeto de estudo.

uma cooperação entre os atores e poderes institucionais, deixando de lado a supremacia de um poder sobre o outro e a disputa pela última palavra.

Segundo Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira:

Nessa esteira, o que entender por diálogos institucionais? Trata-se expressão empregada para descrever as interações entre os Tribunais e o Legislativo e o Executivo, sendo que a premissa fulcral das teorias dialógicas consubstancia-se na inexistência de monopólio da interpretação/ aplicação, última palavra, por parte do Judiciário²⁴⁹.

As teorias dialógicas encontram apoio no cenário contemporâneo, servindo como instrumento para frear a intensa expansão do Poder Judiciário em busca de preservar a democracia posta em cheque. A partir de um diálogo entre instituições Legislativas, Judiciárias, Executivas e até mesmo entre a população - diálogo social-pretende-se obter estabilidade em questões constitucionais e decisões sociais e políticas importantes, retirando-se do Poder Judiciário - poder contramajoritário - o possível monopólio interpretativo e decisório.

É possível, assim, estabelecer os principais pontos de contribuição que os diálogos institucionais podem exercer, como: reestabelecer o equilíbrio entre os poderes, buscando a legitimidade democrática e o balanceamento entre majoritarismo e a questão democrática; estabelecer a defesa de uma revisão judicial fraca para contrapor o ativismo judicial; assegurar a concretização de direitos fundamentais especialmente em relação à garantia de direitos das minorias²⁵⁰.

Diferente das teorias de interpretação que propõem interpretações a partir de critérios dos juízes em questões constitucionais, as teorias de diálogo focam no processo institucional através do qual o significado constitucional nas decisões é tomado através da elaboração compartilhada e equilibrada entre o poder judiciário e outros atores, como o povo e seus representantes. Assim as teorias dialógicas têm um maior potencial de resolver as problemáticas contramajoritárias, pois reconhecem o papel de outros poderes e atores na interpretação constitucional²⁵¹.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. Juris Poiesis, ano 14m n.14, p.103 - 132, jan-dez, 2011, p.107.

²⁵⁰ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 91 e 92.

²⁵¹ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=947867>. Acesso em: 03 de novembro de 2018, p. 14.

Em relação à dificuldade contramajoritária, Bateup aponta que as teorias dialógicas sugerem que a revisão judicial não é, de fato, contramajoritária. Bateup observa que uma das principais premissas da dificuldade contramajoritária é que as decisões tomadas por juízes não eleitos, de modo que não são democraticamente legítimas. Essa premissa se dá através da suposição de que as decisões judiciais que derrubam a legislação -*judicial review*– frustram a vontade da maioria, pois são vistas como o ponto final. Contudo, embora a decisão judicial seja definitiva no sentido de vincular as partes da ação, Bateup afirma que raramente é a palavra final em relação às questões constitucionais, pois depende de apoio político. Não é incomum o parlamento promulgar legislação que afronte ou desafie as decisões judiciais, de modo que a decisão judicial não será a última palavra²⁵². No Brasil podemos utilizar como exemplo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a proibição da terceirização para atividades principal da empresa, esse entendimento era inclusive sumulado através da Súmula 331 do TST, porém a Lei 13.467 de 2017 (reforma trabalhista) passou a admitir a terceirização de forma ampla inclusive para atividade principal – fim - da empresa. Outro exemplo, é o entendimento do TST também sumulado (Súmula 437 TST) sobre o intervalo intrajornada que previa que a não concessão do intervalo intrajornada mínimo de 1 hora implicaria o pagamento total do período, e não apenas daquele suprimido, entretanto com a reforma trabalhista, Lei 13.467 de 2017, o parágrafo 4º, artigo 71 da CLT prevê que quando o intervalo de 1 hora para repouso e alimentação não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar apenas o período suprimido. Portanto, o estudo de técnicas e teorias é importante para que o Tribunal mantenha suas decisões legítimas e dentro dos limites democráticos.

As legislações do Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido tiveram experiências com as teorias dialógicas com as quais pretendiam um meio termo em relação à supremacia legislativa e ao modelo norte-americano de supremacia judicial. Por exemplo, no Canadá²⁵³, teóricos constitucionais moveram esforços para encontrar

²⁵² BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 15.

²⁵³ “A estrutura jurídica do Canadá, integrante da família de sistemas da *common law*, apresentava, na segunda metade do século XX, um esgotamento institucional em referência a efetivar direitos fundamentais, em especial das minorias (notadamente indígenas). Essa limitação decorria de que o seu substrato normativo era o positivismo anglo-saxônico de matriz austriana, favorecedor do respeito e cumprimento da norma estrita. A ruptura dessa dinâmica envolvia, portanto, formalizar o compromisso

mecanismos para conciliar a autoridade judicial com a teoria democrática e, para alguns estudiosos, a resposta para superar as preocupações sobre a legitimidade democrática da revisão judicial seria encontrada através das teorias dialógicas²⁵⁴.

Pode-se dizer que em 1982 a Carta de Direitos Canadense, na seção 33, já previa um mecanismo em que o Legislativo tinha poderes para aplicar um diploma normativo, mesmo sendo contrário ao texto constitucional, desse modo, a última interpretação constitucional era do Poder Legislativo e previa também a sistemática de que o Parlamento poderia reeditar um texto Legislativo que configure e limite direitos contidos na Carta de Direitos canadense. A chamada “cláusula não obstante” chamou atenção para estudiosos e influenciou alguns países que não simpatizavam com o tradicional *judicial review* norte americano²⁵⁵, pois a seção 33 foi projetada para equilibrar a tradicional soberania parlamentar canadense e o modelo do constitucionalismo norte-americano²⁵⁶.

Assim, pode-se dizer que a teoria de diálogos institucionais propõe um controle de constitucionalidade brando e apresenta alternativas para a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, a partir de cooperação entre os poderes e outros atores.

Christine Bateup, se propôs mapear as diversas teorias dialógicas, dividindo-as em: 1) teorias dialógicas quanto ao método judicial (1.1- teorias de aconselhamento judicial, 1.2- teorias centradas no processo e 1.3 - minimalismo judicial – estudada no tópico 3.3); 2) teorias estruturais de diálogo (2.1- teoria de construção coordenada, 2.2- teorias de princípios jurídicos, 2.3- Princípios e Controle Político sobre a Corte, 2.4- Principio e Articulação Legislativa da Política, 2.5- teorias de equilíbrio e 2.6- teorias de parcerias) e 3) fusão dialógica, o qual serão analisadas individualmente:

com direitos fundamentais, sem que disso resultasse a perda do espaço de poder do parlamento central ou local” SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 61.

²⁵⁴ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 17.

²⁵⁵ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 58-59.

²⁵⁶ GABDERBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. R. Opin Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul/dez.2017, p. 230. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1836/594>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

1. Teoria dialógicas quanto ao método Judicial

Teorias dialógicas quanto ao método Judicial: São teorias mais prescritivas (como o sistema dialógico deve operar) que tem como ponto principal o incentivo ao diálogo pelo Poder Judiciário, com técnicas que permitem aos juízes estimular e encorajar um debate mais amplo sobre questões e sobre o significado constitucional²⁵⁷.

1.1. Método de aconselhamento judicial

A teoria dialógica quanto ao método de aconselhamento judicial permite ao Poder Judiciário não somente pronunciar a inconstitucionalidade de uma norma. Mas também a possibilidade de direcionar para outros Poderes ajustarem a matéria, ou deixar de pronunciar a inconstitucionalidade para apontar outras soluções, ou, ainda, quando do pronunciamento de inconstitucionalidade de uma norma, permitir ao Poder Legislativo intervir novamente para torná-la constitucional.

Conjugam-se sob a indicação as teorias dialógicas nas quais o Judiciário se vale de técnicas de interpretação e construção decisórias, que se revelam proativas e recomendem cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violar a constituição²⁵⁸.

Conforme Bateup, essa teoria poderia funcionar de dois jeitos: primeiramente, os juízes podem invalidar a legislação sobre fundamentos constitucionais, mas também dar assessoria aos poderes políticos para alcançar os fins constitucionais. Ou, em segundo lugar, os juízes podem defender a legislação como constitucional enquanto utilizam técnicas para encorajar os atores políticos a revisar as legislações para prevenir ambiguidades e imprecisões da lei²⁵⁹.

²⁵⁷ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 20.

²⁵⁸ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

²⁵⁹ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 21.

As objeções à teoria dialógica, quanto ao método judicial, dizem respeito ao predomínio do Poder Judiciário em decidir ou não, realizando a intercomunicação com o Poder Legislativo, ou ainda, a existência de um monopólio da decisão judicial para dar sentido constitucional, "e não propriamente um diálogo: ao destinatário da comunicação caberia apenas acatá-la, com os devidos procedimentos retificadores"²⁶⁰. À luz destas considerações, o aconselhamento judicial pode ser essencialmente descrito como uma teoria que incentiva juízes ativistas contra possíveis ramificações democráticas de ideologias distintas²⁶¹.

1.2. Teorias centradas no processo

As teorias centradas no processo buscam assegurar que atores políticos promulguem leis ou tomem decisões de políticas públicas que levem em conta o fator constitucional. Nesse processo, os juízes são encorajados a determinar se aquela legislação aprovada seguiu todos os requisitos de forma suficiente e satisfatória sobre os valores constitucionais subjetivos. Caso se observe que não foram verificados todos os quesitos, o judiciário devolveria a legislação ao parlamento para que reconsidere aquilo que faltou. O objetivo dessa teoria seria evitar problemas em momentos em que a legislatura agiu com pressa ou tentou sucumbir alguma garantia diretamente ligada aos direitos fundamentais²⁶².

O cerne do diálogo, nas referidas teorias, reside no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao Legislativo lançar um segundo olhar sobre um tema que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão²⁶³.

Esta teoria é mais positiva que a anterior, se levarmos em conta que os legisladores podem se engajar diretamente nas considerações constitucionais sem

²⁶⁰ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 94.

²⁶¹ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 25.

²⁶² BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 26.

²⁶³ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.

necessariamente escolher deliberar com base naquilo que o judiciário aponta. E o Poder Judiciário pode reforçar a responsabilidade legislativa deixando o poder democraticamente eleito com potencial de ter a “última palavra”²⁶⁴.

A crítica a essa teoria é que pode implicar em algum déficit democrático não analisado, pois embora as decisões judiciais deixem um espaço para revisar a ação política, na prática, o Poder Legislativo pode encontrar certas dificuldades para rever suas decisões.

1.3. Minimalismo judicial

Como já estudado no tópico 3.3, o minimalismo judicial entende que os juízes devem dizer o mínimo possível e que permitam um maior espaço para as considerações democráticas. É possível analisar que o minimalismo está em contraste com as outras teorias que centram em como o Poder Judiciário deve incentivar o diálogo com os outros ramos políticos. Para o minimalismo, os juízes devem recuar. Alexander Bickel foi defensor de um judiciário passivo e considera que o Tribunal tem um papel fundamental na revisão judicial e na sua capacidade de proteger e defender princípios. Porém, de uma maneira passiva, o tribunal deve não intervir em questões constitucionais controversas ou sensíveis, a fim de respeitar o espaço político. Bickel entende que dessa maneira o poder judiciário encoraja o diálogo constitucional e cria oportunidades de debater e resolver questões constitucionais por vias democráticas²⁶⁵. Cass Sunstein, o principal proponente contemporâneo dessa teoria, defende que, ao decidirem casos, os juízes devem adotar a estratégia de nada mais dizer do que o necessário para justificar um resultado. No seu entendimento, as técnicas do minimalismo judicial são uma forma passiva de participação no diálogo constitucional, uma vez que permitem aos juízes abrir um diálogo com os ramos

²⁶⁴ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 27.

²⁶⁵ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 30

políticos do governo, o que serve para incentivar a resolução política de questões constitucionais que são objeto de desacordo²⁶⁶.

As críticas a essa teoria são o fato de apontarem, ainda, a dependência das legislaturas ao poder judiciário, que a teoria se limita às questões de grande complexidade, pois em casos mais simples pode se tornar alto o custo da decisão judicial. E o fato de que o minimalismo pode deixar de observar uma discussão constitucional mais ampla diante do papel importante do Poder Judiciário para o significado constitucional.

Em linhas gerais, a crítica apontada às teorias relacionadas ao método judicial dizem respeito à sua aposta na existência de uma vontade de colaboração e intercâmbio entre as estruturas formais de poder, de modo que o Judiciário efetivamente se veja sensibilizado a desenvolver uma pedagogia constitucional, e o Legislativo mostre-se aberto a receber essas mesmas lições, incorporando-as em suas deliberações

2. As teorias estruturais de diálogos

As teorias estruturais de diálogos deixam de lado o método para apoiar-se nas formas e estrutura da decisão judicial através de mecanismos institucionais ou políticos que contribuem com respostas para as decisões que são desarmônicas. O diálogo sobre o significado constitucional surge, então, através dos mecanismos que permitem um processo dinâmico entre Poder Judiciário e outros atores²⁶⁷.

2.1. Teoria da construção coordenada

Essa teoria trata da criação de dispositivos para o diálogo, no momento da criação da constituição, e que a tarefa de dizer o sentido constitucional deve ser compartilhada entre tribunais e diversos ramos do poder²⁶⁸. Deste modo, todos

²⁶⁶ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 31

²⁶⁷ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 36.

²⁶⁸ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 95.

possuem responsabilidade pela interpretação da Constituição no limite de seus poderes. Essa teoria foi pensada na interação entre poder judiciário e outros ramos para moldar o significado da Constituição. Nessa vertente, a Corte pode dar seus pontos de vista e propor debates para superar controvérsias em algumas interpretações, influenciando de forma indireta a decisão dos outros ramos (legislativo e executivo). Porém, a legislatura poderia delegar ao judiciário a função de interpretar alguns assuntos específicos, se assim preferirem, se abstendo por inércia. O resultado dessa interação é que nenhum dos poderes domina o outro, haja vista que todos teriam espaço para propor o diálogo e expor, da sua maneira, o significado constitucional²⁶⁹.

A teoria da construção coordenada aponta uma melhor estrutura de preocupação em relação à legitimidade democrática da revisão judicial que as teorias de método judicial, pois suas dimensões descritivas, demonstram que nem sempre a última palavra sobre a questão constitucional é do poder judiciário. Por outro lado, a crítica feita a essa teoria é de não se acreditar na recepção ao diálogo por parte do Poder Judiciário, já que ele tenta influenciar os outros poderes com seu ponto de vista e não estaria totalmente aberto ao diálogo. Na prática, sempre um ramo é mais forte em determinadas questões constitucionais e os outros acabarão cedendo à interpretação daquele poder.

2.2. Teoria de Princípios Jurídicos:

Distintas da corrente apresentada anteriormente, as teorias estabelecidas na categoria de princípios jurídicos reconhecem a competência do Poder Judiciário para decidir questões relacionadas a princípios. O diálogo surge como resultado do controle de poderes políticos, na hipótese de erro na interpretação judicial. Conforme Cecília de Almeida Silva a crítica a essas teorias, é o fato de que “elas não fortalecem um diálogo substantivo, mas a prevalência da visão apresentada pelo Judiciário, que poderá ou não encontrar aquiescência por parte do legislador”²⁷⁰. A teoria de Princípios Jurídicos pode se dividir em duas vertentes, a primeira é sobre o controle

²⁶⁹ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 39.

²⁷⁰ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96

político sobre a corte e a segunda é sobre a contribuição que o Legislativo pode oferecer na elaboração e articulação da política pública.

2.3. Princípios e Controle Político sobre a Corte

Essa teoria sugere que, embora o Poder Judiciário tenha uma habilidade especial para preservar, proteger e defender os princípios, sempre deve considerar a possibilidade de erro e as reações às decisões Judiciais. Portanto, o judiciário deve evitar decisões em questões políticas contenciosas e usar estratégias para o diálogo, bem como incitar e influenciar outros ramos do governo de sua opinião sobre princípios e significados constitucionais. De modo que o papel de fiscalizar o bom desempenho do judiciário deve ser atribuído aos poderes políticos. Essa teoria busca resolver o problema de legitimidade democrática, pois reconhece que as decisões estarão sujeitas à revisão e resposta de poderes mais democráticos²⁷¹.

A crítica a essa teoria é que ela está baseada em contradições, se o judiciário é de fato uma instituição superior para deliberar sobre questões de princípios, por que devem os ramos políticos serem confiáveis para corrigir os erros de decisões judiciais? E se a teoria propõe que o poder político deve ser capaz de identificar os erros de decisões judiciais será necessária também uma teoria abrangente de interpretação para identificar esses erros.

2.4. Princípio e Articulação Legislativa da Política

Essa teoria propõe que o Poder Legislativo contribua com algo substantivo para o diálogo constitucional, já que possui a melhor competência institucional para a formulação de políticas públicas. Portanto, surge um diálogo institucional quando o Legislativo responde ao poder judiciário, respeitando as questões de princípios decididas pelo Poder Judiciário e articulando a sua visão mais ampla dos objetivos políticos. O princípio e a articulação legislativa estão pautados na ideia de que enquanto o tribunal se envolve com a legislatura em relação a questões de princípio,

²⁷¹ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96 e BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p, 46- 48

o legislador, por sua vez, se envolve com o Tribunal em relação a como os objetivos da política podem ser melhor alcançados e por que os limites aos direitos pode ser necessário em contextos específicos²⁷².

Embora essa teoria seja considerada uma melhoria das teorias do diálogo estudadas até agora, devido à sua descrição de engajamento entre os poderes, a crítica a ela teoria consiste no fato de novamente privilegiar o papel do judiciário, confiando-lhe uma capacidade superior de responder às questões de direito, centrando o diálogo para o Poder Judiciário e tornando o papel do Legislativo meramente reativo.

2.5 Teorias de Equilíbrio

Diferente de todas as outras teorias até aqui estudadas, a teoria do Equilíbrio sugere que, desde o início da discussão, se abra um diálogo com toda a sociedade, sem privilegiar somente o Poder Judiciário, de modo a propor um maior equilíbrio nas resoluções do significado constitucional. O Poder Judiciário deve atuar para incentivar o diálogo e permitir que a sociedade também participe. Barry Friedman²⁷³, defensor da teoria, enfatiza que a opinião pública exerce uma grande força para controlar o poder judicial, Friedman compreende que o Tribunal possui uma importante capacidade de abranger a discussão sobre o significado constitucional, de modo a ser o facilitador para levar a discussão sobre valores constitucionais para toda a sociedade.

Os tribunais constitucionais julgam reivindicações de direito e contestam ações do governo que supostamente conspiram sobre arranjos institucionais obrigatórios. Os Tribunais resolvem disputas participando e promovendo o debate sobre o curso adequado do governo. Quando o governo procura agir, os eleitorados se opõem, alegando que a ação viola direitos, ou atropela um acordo estrutural constitucionalmente estabelecido. O teto da Constituição abrangente permite

²⁷² SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96 - 97 e BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 53

²⁷³ FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Law School, v.91, n. 4, 1993. https://www.researchgate.net/publication/245919637_Dialogue_and_Judicial_Review>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

divergências sobre essas questões. Ele fornece uma estrutura para os eleitores discordarem e lutarem pelo significado constitucional. O Tribunal, como todas as outras instituições, fala sobre o significado do texto. Neste sentido, o Tribunal é, como todos os outros ramos do governo, um participante ativo no debate sobre o significado da Constituição. Em outro sentido, no entanto, o Tribunal é capaz de fazer muito mais. O Tribunal facilita e molda o debate constitucional. O Tribunal suscita discussões sobre o que o texto deve significar, por um lado, e a interpretação de um eleitorado, ou sintetizar o que a norma deveria ser²⁷⁴.

Para a teoria do equilíbrio, a Corte deve desempenhar um papel ativo, que facilite, incentive e absorva o entendimento constitucional do povo e também que o direito Constitucional, pronunciado através do Poder Judicial, não deve se desenvolver isoladamente, mas sim, de forma que envolva valores, crenças dos atores não judiciais. Dessa maneira, as decisões dos Tribunais terão maior legitimidade e “equilíbrio” a longo prazo, já que a busca sobre respostas do real significado da constituição será aceita pela sociedade²⁷⁵.

Embora compreenda-se que essa teoria é ainda melhor que as outras estudadas e que há um satisfatório potencial da visão do constitucionalismo democrático, algumas críticas a essa teoria são apontadas. Uma é que ela não fornece um conceito completo da revisão judicial no constitucionalismo democrático, outra crítica é o questionamento sobre se essa dinâmica de diálogo funcionaria em sistemas constitucionais que não os Estados Unidos. Cecília de Almeida Silva aponta também que outra crítica seria o fato de que a tentativa de incluir a sociedade no

²⁷⁴ FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. Michigan Law Review. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Law School, v.91, n. 4, 1993. https://www.researchgate.net/publication/245919637_Dialogue_and_Judicial_Review>. Acesso em: 11 de janeiro de 2019. p. 654. “Constitutional courts adjudicate claims of right and challenges to government action that purportedly trench upon mandated institutional arrangements. Courts resolve these disputes by participating in and fostering debate about the proper course of government. When government seeks to act, constituencies will object, claiming that the action violates established rights, or tramples on a constitutionally mandated structural arrangement. The Constitution's spacious text permits divergence on these questions. It provides a framework for constituencies to disagree and struggle over the document's meaning. The Court, like all other institutions, speaks to the meaning of the text. In this sense, the Court is, like all other branches of government,³⁹¹ an active participant in the debate over the Constitution's meaning. In another sense, however, the Court is able to do much more. The Court facilitates and shapes the constitutional debate. The Court sparks discussion as to what the text should mean by siding with one constituency's interpretation, or synthesizing several, as to what our norms should be”.

²⁷⁵ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 64-65.

diálogo poderia ignorar o diálogo estabelecido entre o Poder Judiciário e os poderes Políticos em questões de menor apelo popular²⁷⁶.

Entre as teorias estruturais, Cecília de Almeida Silva²⁷⁷ dá destaque à teoria da fusão dialógica, que une componentes das teorias de equilíbrio e teoria da parceria. Em resumo, para a teoria do equilíbrio, os juízes devem promover a discussão constitucional, de modo a incentivar e permitir que a sociedade possa debater para chegar à melhor concepção possível para constituição.

2.6 Teoria de Parceria

Em relação às teorias de parceria, compreende que cada instância de poder possui uma atribuição e mecanismos distintos. O Judiciário e o Legislativo possuem perspectivas diferentes. Enquanto o primeiro é melhor vocacionado para tratar de questões individuais e interpretar as disposições de direito, o segundo é vocacionado ao desenvolvimento de políticas coletivas. E para a teoria da parceria, combinando as vocações de cada instituição, haverá uma melhor contribuição para o diálogo institucional e fortalecimento dos direitos fundamentais.

Para a teoria da parceria, tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Legislativo compartilham a responsabilidade de fazer julgamentos sobre valores constitucionais e avaliar as razoabilidades de suas próprias ações, que estão compatíveis com esses valores. Assim, há a compreensão de que os poderes trazem perspectivas distintas e que, em conjunto, a partir de um diálogo, são importantes para o julgamento constitucional.

Sob a ótica da teoria da parceria, o diálogo poderia se dar, primeiramente, com os legisladores, que estão em condições de considerar o ponto de vista do Poder Judiciário, enquanto o Judiciário é capaz de avaliar como os direitos estão melhor protegidos. O modelo de parceria permite reconhecer o potencial que existe para o

²⁷⁶ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p.99 e BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 69.

²⁷⁷ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, capítulo 3.

diálogo institucional, utilizando as considerações tanto do poder Legislativo quanto do Poder Judiciário para a interpretação constitucional²⁷⁸.

De todas as teorias até aqui estudadas, essa é uma das mais modestas e com maior aplicabilidade. Nela se reconhece o valor do tribunal, mas não se dá privilégios somente a ele nas decisões finais. O modelo de parceria oferece uma maneira de superar a dificuldade contramajoritária, já que reserva espaço suficiente para os poderes políticos elaborarem resoluções democráticas para as questões constitucionais²⁷⁹.

A crítica a essa teoria é o fato de não haver garantia de que o diálogo dará certo, pois depende de um maior empenho do Poder Legislativo, pois não bastará apenas aceitar as opiniões do Poder Judiciário. Outra crítica é que esse modelo desconsidera a dimensão social do diálogo.

3. Fusão dialógica

A fusão dialógica tem como proposta conciliar elementos tanto das teorias de parceria quanto das teorias do equilíbrio, pois busca enaltecer preocupações democráticas, requisitando ao Poder Judiciário uma atribuição de levar a discussão sobre temas constitucionais para a sociedade. Cecília de Almeida Silva compreende que "o resultado seria a possibilidade de alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, o que já era defendido pelas teorias do equilíbrio"²⁸⁰.

Parte-se de um primeiro ponto no qual as teorias dialógicas buscam um melhor relacionamento entre instituições de poderes e, conseqüentemente, entre política e direito. Desse modo, a interação entre diferentes atores opõe-se à referência tradicional do *judicial review*, que se traduz em uma deferência a um dos poderes, interrompendo o processo dialético. O papel do Judiciário é de facilitar e enriquecer o diálogo. Da legislatura de representar a vontade do povo. Nessa mistura dos ramos políticos, melhores e mais duradouros os resultados.

²⁷⁸ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 72- 74.

²⁷⁹ BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007, p. 75.

²⁸⁰ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p.100.

Cecília de Almeida Silva argumenta que, no Brasil, ancorada no artigo 102 da Constituição da República, há uma supremacia do Poder Judiciário, que se justifica na atribuição a essa instância de solucionar os "impasses de efetividade de um texto com tão extensos compromissos com direitos fundamentais"²⁸¹. Deste modo, confia-se no Poder Judiciário como sendo o poder que será capaz de efetivar a extensa gama de direitos fundamentais instituídos pelo Poder Legislativo.

As teorias dialógicas objetivam, assim, conciliar a supremacia do Poder Judiciário com o importante papel democrático do Poder Legislativo, pode-se estabelecer os objetivos das teorias dialógicas como:

"No eixo dos objetivos, destaca-se a identificação da prática dialógica como instrumento para: a) garantia de direito, b) balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática, c) construção de um processo deliberativo quanto ao conteúdo dos direitos compatível com a complexidade a eles inerentes nas questões difíceis, d) prevenção à prática judicial ativista"²⁸².

Compreende-se, através dos resultados deste estudo, que um dos objetivos das teorias dialógicas é a aproximação entre os poderes Legislativo e Judiciário - e da sociedade (diálogo social), para frear a supremacia do Poder Judiciário (poder contramajoritário) e os problemas democráticos, sustentando a defesa de um *weak judicial review* (modelo fraco de controle jurisdicional de constitucionalidade) e enaltecendo o princípio democrático através do diálogo.

Para conseguir realizar a democracia inicialmente proposta pela constituição da república, observando o democrático e o princípio tripartite no qual busca traduzir a importância de um equilíbrio institucional entre os poderes, deve-se pensar então em investir em diálogos institucionais e sociais. Os Diálogos institucionais possuem uma visão promissora da interpretação constitucional, pois compreendem a importância das decisões judiciais do mesmo modo que buscam resolver as questões de legitimidade democrática para produzir respostas mais amplamente aceitas e duradouras.

²⁸¹ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102.

²⁸² SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102.

4.4 O diálogo no caso brasileiro

Após mapeadas as teorias dialógicas, suas características e principais críticas, deve-se enfrentar a aplicabilidade das teorias no cenário brasileiro e se elas terão a capacidade de aprimorar o sistema brasileiro de jurisdição constitucional. À primeira vista, a implementação de teorias dialógicas que possuem como objetivo reequilibrar os poderes, minimizar o ativismo judicial, assegurar a concretização de direitos fundamentais na realidade da jurisdição brasileira pode ser obstado pelo preceito estabelecido no artigo 102, da Constituição, que incumbe a última palavra ao STF, dotado de ser o guardião da Constituição.

Porém, há de se levar em conta a experiência internacional, especialmente países ligados à *Commonwealth*²⁸³ em que, embora a sua cultura demonstre maiores afeições à corte, não foi obstáculo ao diálogo institucional a absorção da cooperação entre instituições para prestigiar a atuação legislativa e suprir déficits democráticos. O fato de as teorias dialógicas não serem tipificadas ou regulamentadas também não é obstáculo para a recepção dos benefícios dos diálogos, pois é possível verificar, em alguns casos, possibilidades de diálogo mesmo sem mecanismos formais de aplicabilidade. Por exemplo, as teorias de aconselhamento, centradas no processo ou até o minimalismo judicial, ou mesmo o potencial de uma provável reação institucional, por exemplo a inércia do Poder Legislativo, é capaz de absorver as qualidades dos diálogos institucionais, melhorando o déficit democrático²⁸⁴.

A atribuição da interpretação conforme a Constituição, ou a capacidade de declarar inconstitucionalidade²⁸⁵, conferida ao Poder Judiciário e sua possibilidade de imputar efeito vinculante pode causar, por parte do Poder Legislativo, uma reação institucional²⁸⁶, seja para modificar o texto e torná-lo compatível com entendimento da Corte, ou até legislar em sentido oposto.

²⁸³ GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013. E Stephen Gardbaum; **Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism, International Journal of Constitutional Law**, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, Pages 167–206, Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moq007>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

²⁸⁴ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 114.

²⁸⁵ Parágrafo único do artigo 28 da lei 9.868/99.

²⁸⁶ SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

Olhando para uma realidade brasileira, mesmo não sendo tipificado como diálogo institucional, é possível verificar algumas respostas do Poder Legislativo em relação às decisões da corte ou a cooperação entre as instituições na busca da melhor compreensão constitucional.

Alguns mecanismos constitucionais, como exemplo as audiências públicas, iniciativa popular, referendos, plebiscitos e *amicus curie*, presentes no ordenamento brasileiro demonstram a recepção de instrumentos que ampliam o envolvimento e contribuição de poderes, órgãos e a sociedade como um todo, na intervenção na tutela jurisdicional e contribuição para a compreensão da Constituição.

O STF já delineou decisões com intenções dialógicas, concluindo que, a partir desse experimentalismo já empreendido pelo próprio STF, é que a prática dialógica possa ser possível. Ainda que ausente de preceitos enunciados, mas em decorrência da sensibilidade da Corte Constitucional de que a matéria não encontrará somente no judiciário, seu melhor intérprete²⁸⁷.

Na decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2316/DF, publicada em 02/02/2010, a corte expõe a compreensão da importância do *amicus curiae* como mecanismo democrático de legitimação para as decisões Judiciais, vejamos:

judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando novas formas de participação das potências públicas pluralistas na qualidade de intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 4748). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações políticojurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua

²⁸⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do, SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Trabalho publicado no Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP em novembro de 2009. p. 2263. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2209.pdf. Acesso em: 11 de janeiro de 2019.

competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, com a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.²⁸⁸

Na análise da ADI 4439, é possível verificar que os Poderes estão abertos ao diálogo institucional e social que garanta maior legitimidade às decisões. Com o objetivo de dar a interpretação conforme a Constituição Federal sobre o ensino religioso nas escolas públicas²⁸⁹, a Procuradoria-Geral da República (PGR) propôs no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439. O Ministro Luís Roberto Barroso convocou uma Audiência Pública para auxiliar o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de nº 4439²⁹⁰.

A audiência tinha como objetivo ouvir diversos atores como representantes do sistema público de ensino, de grupos religiosos e não-religiosos e de outras entidades da sociedade civil, bem como especialistas com reconhecida autoridade sobre o tema. Além da audiência pública, foi deferida a atuação de diversos *amicus curie*, que pretendiam articular os mecanismos democráticos e um sistema dialógico entre as instituições e a comunidade para esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e sociais e contribuir para o juízo de convencimento no caso em concreto. A possibilidade do *amicus curie* e da realização da audiência pública foi importante para ampliar o debate por meio de escolhas democráticas sobre o ensino religioso em um país laico, que envolve tanto políticas públicas, sociedade e os três poderes.

No dia 27 de setembro de 2017, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e a presidência a Ministra Cármen Lúcia, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. O Tribunal em sua fundamentação invocou:

²⁸⁸ Para acesso à decisão: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1857067>

²⁸⁹ A regulamentação do ensino religioso está prevista no artigo 33, parágrafos 1º e 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB - Lei nº 9.394/96), e no artigo 11 do Anexo do Decreto nº 7.107/2010.

²⁹⁰ Ver o cronograma de audiências realizadas no STF sobre ensino religioso nas escolas públicas em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291803>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo [...] Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental²⁹¹.

Vencido, o Ministro Luís Roberto Barroso, votou pela procedência do pedido no sentido de dar interpretação conforme a Constituição, no artigo 33, *caput*, e parágrafos 1º e 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e do artigo 11, parágrafo 1º, do acordo Brasil-Santa fé, aprovado por meio do Decreto Legislativo n.º 698, 2009, para assentar que

o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional com proibição da admissão de professores na qualidade de representante das confissões religiosas. Não preciso explicar, mas, evidentemente, um padre católico, se fizer concurso público, pode ser professor, mas não na qualidade de padre, e o mesmo vale para um rabino, para um pastor, ou para um pai de santo. Portanto, não é que seja proibido recrutar militantes religiosos; é nesta qualidade, mas, uma vez aprovado no concurso, evidentemente, ele pode ser recrutado. Portanto, estou propondo, Presidente, a seguinte tese de julgamento: “O ensino religioso ministrado em escolas públicas deve ser de matrícula efetivamente facultativa e ter caráter não confessional, vedada a admissão de professores na qualidade de representantes das religiões para ministrá-lo”²⁹².

O caso acima tratado demonstra que a Corte (em sua maioria) está aberta ao diálogo institucional e social. Após diversos debates através de Audiência pública, participação ativa de vários *amicus curie*, a corte entendeu pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, com fundamento na gestão democrática do ensino público, prevista no artigo 206, VI, da Constituição, entendendo que a norma infraconstitucional está de acordo com os preceitos constitucionais. Ou seja, prevalecendo a vontade final do Poder Legislativo. Mesmo no voto vencido do Ministro

²⁹¹ Para análise do voto acessar: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019

²⁹² Para análise do voto acessar: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

Luís Roberto Barroso, verifica-se uma abertura ao diálogo, sendo possível visualizar filamentos da teoria quanto ao método judicial, no qual o Poder Judiciário utiliza da interpretação conforme a Constituição, em colaboração ao trabalho das instâncias majoritárias, ao invés de julgar pela procedência da inconstitucionalidade.

Pensando em uma teoria dialógica, mais precisamente a fusão dialógica (junção da teoria da parceria e da teoria do equilíbrio), pode-se propor uma tentativa de minimizar os problemas de intervenção do judiciário em questões políticas, incentivando que o Poder Judiciário, ao invés de agir fora da sua instância, promova o debate constitucional entre poderes majoritários e a sociedade em busca efetividade de políticas sociais e econômicas.

Observa-se, ainda, o importante papel da Corte para o aprimoramento da interpretação constitucional, bem como a atribuição de legitimidade democrática, prestigiando o trabalho do Poder Legislativo. Desta forma, vê-se que o diálogo institucional pode abrir algum espaço para discussões de modo a viabilizar soluções compartilhadas.

Pugnar por relações de ajuda mútua – seja na modalidade do constitucionalismo de cooperação, seja naquela das chamadas teorias dialógicas – implica em assumir como variável indispensável à densificação de direitos fundamentais, o exercício da inter-dependência e colaboração, mesmo e especialmente em relação aos poderes políticos. Nesse contexto, a supremacia do judiciário – no sentido emblematicamente retratado pela expressão “...monopólio da última palavra...”, há de ser reavaliada, para ceder lugar a uma compreensão em favor não de uma titularidade subjetiva do poder último, mas da identificação do papel que seja de se reconhecer ao STF no desenvolvimento dessa sua função precípua, a saber, a guarda da constituição²⁹³.

Embora seja atribuição das Cortes decidir sobre a constitucionalidade das leis, quando utiliza de mecanismos dialógicos, estará mais suscetível ao equilíbrio e visando, conforme preceitua Dworkin, o direito como integridade, de modo a combinar a historicidade da lei e as pretensões dos poderes majoritários com as consequências

²⁹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do, SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Trabalho publicado no Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP em novembro de 2009. p. 2263-2264. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2209.pdf

da decisão. A construção da racionalidade das cortes constitucionais terá um caráter político e deve aprimorar a atribuição de sentidos da vontade majoritária²⁹⁴.

Por outro lado, há casos em que a Suprema Corte não se mostra pré-disposta ao diálogo, como o caso da demarcação de Terras indígenas (Petição nº 3.388)²⁹⁵. Na década de 1970 iniciou-se o processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, somente em 1998 o Ministério da justiça através da portaria nº 820 declarou a posse permanente dos indígenas. Vários conflitos surgiram entre índios e agricultores e ano seguinte à portaria que contestaram judicialmente a demarcação de modo que a portaria nº 820/98 foi substituída pela portaria de nº 534/2005 que acatou a reivindicação de povos originários para assentar o modelo de demarcação contínua. A Procuradoria Geral da República ajuizou a reclamação de nº 28833/RR perante o Supremo Tribunal Federal com pedido cautelar de suspensão de todos os processos que estivessem em andamento com fundamento que tratavam -se de conflitos federativos.

Com a procedência do pedido, todos os processos sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol concentram no Supremo Tribunal. No dia 16 de março de 2009 a Corte decidiu (acórdão 19) por manter a demarcação de terra indígena, mas incluiu

²⁹⁴ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2014 – Tese de Doutorado em Direito – Universidade Estácio de Sá, 2014, p.116

²⁹⁵ Para acesso ao caso: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=275436>

19 condicionantes/ ressalvas²⁹⁶ gerando o julgamento da PET 3388.²⁹⁷ O ministro Celso de Mello considerou que o plenário do Supremo Tribunal Federal tinha

²⁹⁶ “As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas terão os seguintes conteúdos: 1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei. 4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação. disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

²⁹⁷ KYRILLOS, Gabriela Moraes. **Breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a terra indígena Raposa Serra do Sol à luz da obra de Hans Kelsen**. JURIS, Rio Grande, v. 25: p. 165-180, 2016. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/viewFile/6050/4110>. Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

competência²⁹⁸ para estipular fundamentos e salvaguardas institucionais relativos às demarcações de terras indígenas, considerou que “trata-se de orientações que não são apenas direcionadas à aquele caso, mas a todos os processos sobre o tema”²⁹⁹

Segundo os ministros, a decisão foi fundamentada nos artigos 231 e 233 da Constituição da República, “reconhecendo” a previsão do direito dos povos indígenas originários, ou seja, a decisão significaria uma declaração de um direito que já estaria previsto, e que a intenção da Supremo Tribunal Federal era de preservar o procedimento democrático dando aplicabilidade às normas elaboradas pelo constituinte.

Porém, embora a decisão tenha reconhecido a demarcação indígena, foram estabelecidas condicionantes vinculadas à decisão, tais condicionantes podem ser vista como verdadeiro regime jurídico para a demarcação de terras indígenas, se a decisão tivesse de fato a intenção de diálogo deveria limitar-se a decidir pelo reconhecimento da demarcação das terras aos indígenas, ou levar aos poderes majoritários a discussão sobre as condicionantes. Mas, em sede de controle de constitucionalidade, criou-se verdadeiro questionamento sobre a introdução de normas, que seriam competência das instancias majoritárias. Nota-se que em tal caso houve um alto grau de discricionariedade, já que a Corte extrapolou suas prerrogativas contramajoritária. “A guarda da democracia, nessa perspectiva, restou prejudicada, já que a corte, ao impor conteúdo normativo, não se limitou à função”³⁰⁰. O caso sobre a demarcação da terra indígena, aponta que nem sempre o Poder Judiciário está aberto ao diálogo, pois não houve esforço para a comunicação com os demais poderes, não houve espaço dialógico para instituir de maneira democrática as 19 condicionantes.

A análise dos casos levados ao Supremo Tribunal Federal demonstrou que é possível que a Corte e o Poder Legislativo possam se valer das benéficas das teorias do constitucionalismo cooperativo, em especial das teorias de diálogos institucionais,

²⁹⁸ Para acesso à decisão do ministro <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortallInternacionalDestaques&idConteudo=275436>.

²⁹⁹ Para acesso à decisão do ministro <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortallInternacionalDestaques&idConteudo=275436>.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2014 – Tese de Doutorado em Direito – Universidade Estácio de Sá, 2014, p. 149

como uma melhor qualidade e durabilidade das normas produzidas, por se valerem de um maior consenso envolvendo também outros atores como a sociedade e judiciário e legislativo e melhor compreensão democrática na interpretação da Constituição com a participação do Congresso, contudo demonstrou também ser necessário que haja certo engajamento dos poderes para que o diálogo possa ser viabilizado e de fato aplicado à realidade brasileira.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se nessa dissertação de mestrado, analisar o contexto histórico e político da expansão do Poder Judiciário sua legitimidade para decidir sobre questões políticas e de grande repercussão social, buscando analisar o modelo democrático representativo e adequar qual o lugar e o papel da jurisdição e uma nova visão de constitucionalismo cooperativo. Pretendeu, também, analisar se é possível adaptar outros mecanismos institucionais que tenham maior cooperação e responsabilidade política e constitucional entre os poderes, como um bom mecanismo para atenuar a tensão entre Constitucionalismo e Democracia, chegando a algumas conclusões:

1. O percurso traçado pelo constitucionalismo demonstrou que houve modificações nas estruturas de poder e questionamentos sobre a supremacia judicial, e o seu limite político. O encurtamento da distância entre Direito, Política e Judiciário, decorrente do próprio texto constitucional, trouxe reflexões sobre mecanismos de integração e cooperação, disponíveis para conter a tensão entre as funções majoritárias e contramajoritárias. O constitucionalismo cooperativo e as teorias de diálogos institucionais, embora ainda dependam de certa boa vontade e maior abertura principalmente do Poder Judiciário, se mostraram aptas como alternativas na tarefa de atribuir sentido constitucional de uma forma mais democrática.

2. A expansão do Poder Judiciário é um fato mundial. Entre diversos fatores abordados que contribuíram para esse fenômeno, de modo geral, o fim da segunda guerra mundial e o constitucionalismo afloraram a busca pela reconstrução social e econômica. Deste modo, depositou-se as esperanças ao Poder Judiciário para evitar violações às Constituições e a defesa dos direitos individuais. Neste mesmo período, os Estados Unidos surgiram como uma potência democrática, influenciando os demais países com a sua cultura do *Judicial Review*. No Brasil, a expansão do Poder Judiciário pode ser melhor percebida após a Constituição de 1988, que atribuiu o papel de guardião da jurisdição ao STF, concedendo a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade e uma atuação mais efetiva em questões políticas.

3. A expansão do Poder Judicial despontou dois fenômenos, a Judicialização da política e o ativismo. Embora os termos, por diversos autores, sejam tratados como sinônimos, para a compreensão dos objetivos dessa pesquisa, principalmente na possibilidade de valer-se das teorias dialógicas, foi necessário dar a correta distinção

entre os termos. A judicialização da política remete ao fato de maiores as atribuições recebidas pela jurisdição. Ou seja, a judicialização é um fenômeno contingente e decorre da modelagem do nosso constitucionalismo. Assim, o fenômeno da judicialização pressupõe compreender que o Poder Judiciário é um importante instrumento de implementação de direitos previstos, de efetividade da Constituição e de transformação social.

4. O ativismo Judicial está associado a um problema interpretativo e à discricionariedade do julgador. Ou seja, quando o Poder Judiciário decide baseado em suas vontades, pode acarretar um problema democrático, de modo que o ativismo judicial deve ser evitado. Conclui-se, portanto, que o constitucionalismo atribuiu novas funções para o Poder Judicial, devendo-se enfatizar a importância da jurisdição constitucional e distinguir as atribuições constitucionalmente investidas ao Poder Judiciário daquelas contaminadas pelo ativismo.

5. Houve, então, uma certa transferência de atribuição e poderes dos órgãos representativos para o judiciário. Ou seja, o papel do Poder Judiciário passou a ser mais abrangente que simplesmente decidir, ou ser o guardião da Constituição, passou a assumir novos papéis nas democracias representativas. Contudo, a intervenção mais ativa do Judiciário foi analisada como consequência de uma suposta falta de prestígio das instâncias majoritárias, tidas como omissas e ineficientes (crise de representatividade), e das esperanças creditadas na Corte. Porém, embora haja algumas críticas, não se comprovou que há de fato uma crise de representatividade, mas o contrário, que há uma relevante atividade legislativa, exercendo seu papel institucional majoritário quando a Corte realiza o controle de constitucionalidade.

6. Do mesmo modo, observou-se que o Poder Judiciário, embora poder contramajoritário, quando utilizado de mecanismos de cooperação, pode exercer importante papel para o fortalecimento da democracia, pois, na maioria das decisões em sede de controle constitucional, a corte confirmou a vontade majoritária e abriu caminho para aumentar debates sobre temas importantes para a sociedade. Assim, feita a distinção entre a judicialização e o ativismo judicial, a Corte também exerce um papel político e pode contribuir e fortalecer o caráter representativo para a democracia.

7. Desse modo, ressalta-se a importância de estabelecer uma maior abrangência do conceito de representação política para também envolver outros atores, como as cortes constitucionais (que apesar de não eleita, suas atividades possuem repercussão política), de modo a estabelecer outras configurações

institucionais. O fato de o Poder Judiciário, em suas atribuições, possuir a responsabilidade política não quer dizer que deve a jurisdição poder fazer política, ou utilizá-la para justificar sua decisão. A Democracia representativa ainda exige que poderes majoritários decidam sobre política, da mesma maneira que não se pode abrir mão de atender à sociedade e à vontade popular quando recorrem ao poder contramajoritário para satisfazer suas demandas, mas estes deverão decidir utilizando argumentos de direito (princípios e regras) baseados em convicções morais e projetos constitucionais.

8. Constatado o importante papel do Poder Judiciário na democracia e como guardião da constituição, se faz necessário estabelecer qual deveria ser o seu lugar na democracia. O Poder Judiciário deverá ser incorporado na ampliação do conceito de representação política, bem como realizar novos arranjos de cooperação institucional que poderão se beneficiar de um poder que tem capacidade de aperfeiçoar a produção legislativa e convalidar a vontade majoritária, mas deverá atuar com certa humildade interpretativa. E, ainda, através das teorias dialógicas, o Poder Judiciário deve ter uma atribuição a mais, a de levar a discussão de temas constitucionais tanto para a sociedade como para os poderes majoritários. Deve agregar esses diálogos também no sentido dos textos legislativos. Assim, como proposto por Cass Sustein, na utilização do referencial *many minds* para agregar a concepção de várias mentes à Constituição.

9. Um dos novos arranjos institucionais que busca promover os ideais democráticos, defendido por Cass Sustein, é a teoria do minimalismo judicial, que pressupõe uma contensão na decisão judicial para deixar questões de grande repercussão social a serem respondidas por representantes eleitos. Assim, o minimalismo possui o objetivo de resolver o problema democrático, utilizando mecanismos como o aconselhamento para dar condições aos poderes de dialogarem e evitar o discurso da última palavra.

10. Assim como a teoria do minimalismo judicial, outras estruturas de cooperação entre as instituições foram elaboradas para minimizar a tensão do Constitucionalismo versus Democracia e superar a ideia da última palavra.

11. Observou-se que a expansão da atuação do Poder Judiciário em questões de grande repercussão pode causar certa reação social ou política – o chamado *backlash*. Para alguns autores, o efeito *backlash* pode produzir algum benefício para a legitimidade democrática, enquanto para outros, as decisões judiciais que causam

impacto social podem gerar retrocessos ou prejuízos para aqueles que buscavam proteger direitos. Post e Siegal, propuseram um modelo de constitucionalismo democrático que busca a reunião de esforços dos poderes para cumprir a Constituição através de uma interpretação democrática e dialógica. Assim, as controvérsias causadas pelas decisões judiciais poderiam aflorar decisões mais legítimas e com menos reações sociais negativas.

12. As discussões lançadas sobre a quem deve ser atribuída “a última palavra” levaram ao desenvolvimento do constitucionalismo cooperativo/relações de cooperação institucional, para desenvolver novos arranjos que traduzissem em um melhor comprometimento com a democracia e com os valores constitucionais. E, entre as diversas relações de cooperação, esta pesquisa se propôs a analisar as teorias dos diálogos institucionais.

13. Desse modo, o diálogo institucional, objetiva, através de uma perspectiva de um constitucionalismo cooperativo, uma maior interação entre os poderes como alternativa para vários problemas encontrados no decorrer deste trabalho: 1- como em relação aos efeitos da supremacia do Poder Judiciário, 2- como falta de legitimidade em suas decisões, 3- déficit democrático, 4- ativismo judicial, 5- efeito backlash e outros. Além disso, realizaram-se diversas discussões sobre quem tem ou deveria ter “a última palavra” no sentido constitucional traduzido na tensão entre Constitucionalismo e Democracia.

14. A partir de Bateup, foi possível mapear as principais teorias de diálogos institucionais, elencando suas principais características e críticas. Para a autora, as mais promissoras são a teoria do equilíbrio e a da parceria. A teoria do equilíbrio propõe o diálogo entre os poderes e a sociedade, sem a prevalência em relação ao Poder Judiciário, já que esse poder deve incentivar o diálogo entre poderes e a sociedade para fomentar a discussão sobre valores constitucionais. A teoria da parceria pretende a cooperação entre os poderes, pois cada instância tem atributos que, combinados, podem trazer mais benefícios para a ordem constitucional e para a democracia. Pois, enquanto o Judiciário é vocacionado para tratar questões individuais e interpretar o direito, o Legislativo é democraticamente legítimo para desenvolver políticas coletivas. Bateup propõe a criação de uma terceira teoria, chamada de fusão dialógica, para conciliar a teoria da parceria e do equilíbrio, resultando na possibilidade de alcançar os benefícios das melhores teorias, a fim de

utilizar do Poder Judiciário para provocar o debate de temas constitucionais para a sociedade e os poderes majoritários.

15. As teorias de diálogos institucionais mostraram-se promissoras também na realidade brasileira que, embora não tenha abertamente formalizado, tornou possível verificar que há diversos canais entre os poderes como forma de realização do diálogo. Seja a partir da utilização da interpretação conforme a Constituição, modulação de efeitos, ou da declaração de constitucionalidade, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, é possível gerar reações por parte do Legislativo. Ou ainda a utilização de audiências públicas e leis por iniciativa popular, que demonstram que o Brasil está receptivo a instrumentos que ampliem o diálogo entre os poderes e as instituições. Embora tais mecanismos dialógicos se mostrem importantes para a construção da racionalidade das cortes, de modo a aprimorar suas decisões e atribuir sentido constitucionais, a partir da vontade majoritária é necessária a criação de canais mais abertos para a implementação mais concreta da teoria. Pois foi possível observar que nem sempre a Corte está aberta ao diálogo e que para que seja possível uma melhor absorção dos benefícios da teoria dos diálogos institucionais é necessária uma atitude mais proativa por Poder Judiciário em compartilhar as discussões com outros poderes.

BIBLIOGRAFIA

AHUMADA RUIZ, Marian. **La jurisdicción constitucional en Europa**. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

ALARCON, Sylvio. **Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 17, p. 1-13, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Artigo publicado no site do conselho nacional de justiça. 2008 <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Avaliando o Potencial Normativo das Teorias do Diálogo Constitucional**. *Revisão da Lei do Brooklyn*, vol. 71, 2006; Faculdade de Direito da NYU, Pesquisa de Direito Público No. 05-24. Disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=852884>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=947867>. Acesso em: Novembro de 2018.

BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Trad. Waltensir Durtra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: **Para uma teoria geral da política**. 14ªed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006

CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de uma história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional 4ª**. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina. 2000.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trontta, 2003.

CASTRO, Marcus Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista brasileira de ciências sociais, 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa. Brasília a.35n. 138 abr./jun. 1998.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited**. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, nº. 3, pp. 391-418, 2007. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716. Acesso em 21 de outubro de 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual constitucional**. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar, 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz, TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Ebook. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Law School, v.91, n. 4, 1993. https://www.researchgate.net/publication/245919637_Dialogue_and_Judicial_Review. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

FURTADO, Emmanoel Teófilo; ARAGÃO CAVALCANTE, Carlos Henrique de. **O fenômeno da judicialização da política: tensão entre democracia e constitucionalismo**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 9, p. 109-120, jul. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://milas.x10host.com/ojs/index.php/ibdh/article/view/139>>. Acesso em 05 de julho de 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. Ed. Madrid: Civitas, 2001

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros editora, 2014.

GABDRBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. R. Opin Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul/dez.2017. Disponível em:

<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1836/594>.

Acesso em: 11 de janeiro de 2019

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. E Stephen Gardbaum; Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, p. 167–206, Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moq007>. Acesso em: 12 de outubro 2018.

GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Livia Pitelli, at. all. **As Constituições do Brasil análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio**. 1ª ed. Birigui - SP: Editora Boreal, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KLARMAN, Michael J. **How Brown changed race relations: the backlash thesis**. In: The journal of American history, v. 81, n. 1, 1994.

KYRILLOS, Gabriela Moraes. **Breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a terra indígena Raposa Serra do Sol à luz da obra de Hans Kelsen**. JURIS, Rio Grande, v. 25: p. 165-180, 2016. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/viewFile/6050/4110>. Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

LYNCH, Christian Edward Cyril, MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, n. 2, 2017, p. 974 - 1007. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018.

MANIN, Bernard. **As metamorphoses do governo representativo** Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 29, pp. 5-34 http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_01. Acessado em 18 de agosto de 2018

MANIN, Bernard, URBINATI, Nádia. **A democracia representativa é realmente democrática? Dois pontos**: Curitiba, São Carlos, volume 13, nº. 2, p. 143-156, 2016. <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/43063/28983> . Acesso em 30 de agosto de 2018.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o terceiro seminário Ítalo-brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha - Itália. Disponível em: http://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

MARIN, Jeferson Dytz. **Hermenêutica Constitucional e Realização dos Direitos Fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido**. Sequência, Florianópolis, SC, n. 65, p. 103-123, dez. 2012. p. 110 Disponível em <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p103>

MARTINI, Alexandre Jaenisch; POMPEO, Wagner Augusto Hundertmarc. **Ensino Jurídico Como Condição de Possibilidade à Compreensão (Constitucional) do Direito**. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais de UNIJUÍ. Ano XXI nº 37, jan.-jun. 2012

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2014 – Tese Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2014.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A nova crítica ao judicial review: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência Brasileira**. coord. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **O que é isso, a crise de representatividade? Breves reflexões acerca da (difícil) relação entre legislação e jurisdição.** In *Constitucionalismo e democracia 2018: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*, coord. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. **Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito.** *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/13657>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; et al. **A jurisdição Constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação.** In *Anais do X Simposio nacional de direito constitucional. Biênio 2010-2011*. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

PAULA, Luiz Fernando Rodrigues de Paula. **Estado e Políticas sociais no Brasil.** *Adm. Púb.*, Rio de Janeiro, out./dez. 1992. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/26475/1/2002_art_ampcarvalho.pdf. Acesso em 22 de novembro de 2018.

PELAYO, Manuel Garcia. **As transformações do Estado Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roer age: democratic constitutionalism and backlash**. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIA, Vivian Amaro. **Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista**. UFSC, Florianópolis, SC:e, n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a Democracia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2002.

SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Correa de. **O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundamentação da supremacia judicial**. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n.3, p.325-347, set./dez. 2018

SANTIAGO, Marcus Firmino; SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa; LONGO, Fernando José. **Fundamentos Históricos e conceituais do constitucionalismo norte Americano: conhecendo o passado para compreender o presente**. *Revista jurídica luso brasileira*. Ano 3, n4. 2017. p. 1104-1105. <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_1087_1121.pdf>. Acesso em 23 de dezembro de 2018

SILVA, Cecília de Almeida; et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Alexandre Garrido da; Ruan Espíndola FERREIRA. **Possibilidade de aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI* (2012). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

SILVA F., Edson Vieira da; KALLAS F., Elias: **Nós Modernos: A crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira**. coord SIMIONI, Rafael

Lazzarotto. **Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas**. São Paulo: revista direito Mackenzie, v. 5, n. 1, 2011 p. 203-218.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Hermenêutica Constitucional no Paradigma da Différence**. Joaçaba, v. 19, n. 1, p. 25-44, jan./abr. 2018

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy**. n. 7 (2010): Revista do Curso de Direito da FSG., p. 145 <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/602>

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas do Direito Brasileiro: eficácia poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. Revista dos Tribunais, p. 174-181, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O panprincipiologismo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em terrae brasilis**. P 337- 354. Revista juris poiesis 2013. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2484/revista-juris-poesis-n15.pdf>. Acessado em: 11 de dezembro de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lénio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lénio Luiz. **Senso incomum: O STF, o contramajoritarismo e o Pomo de ouro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>. Acessado em 20 de julho de 2018.

STRECK, Lénio Luiz. **O que é isso, o ativismo, em números?** Publicada no site os constitucionalistas. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalismo n the Supreme Cout**. Cambridge: Haverd University. 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey, Princeton University Press, 2009.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In (orgs.). New York: New York University Press, 1995.

TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. **A problemática da inefetividade constitucional no Brasil: O estado patrimonialista e o ativismo judicial**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan- Jun.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial uma análise da atuação nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação apresentada no Programa de pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012

URBINATI, Nadia. **O que torna a representação democrática?** [online]. 2006, n.67, pp.191-228. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452006000200007>

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** Princeton University, 2008.

TUSHNET, Mark V. **Alternative Forms of Judicial Review.** (2003). Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 259. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Trabalho publicado no Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP em novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2209.pdf

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática.** Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Teoria das Instituições. 2013 Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 30 de Outubro de 2018

WADRON, Jaremy. **A dignidade da legislação.** Martins Fontes: São Paulo, 2003.

WERNECK VIANNA; Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da Política.** Tempo soc. [online]. 2007, vol.19, n.2, pp.39-85. ISSN 0103-2070. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002> Acesso em 14 de abril de 2018.

WERNECK VIANNA, Luiz Jorge. **O terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradução Republicada: mudança e conservação.** In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008. p.6.

Disponível em:
<http://www.intranet.novo.ibmecrj.br/intranetaluno/download.php?recid=423>. Acesso em: 22 de novembro de 2018.

WERNECK VIANNA, Luiz. **O ativismo judicial mal compreendido**. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em 10 de abril de 2018.