

RAISSA CARLY FERNANDES MACÊDO OSTERNO

**O PODER DA ÚLTIMA PALAVRA E OS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA CRISE DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira

**Florianópolis
2017**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Osterno, Raissa Carly Fernandes Macêdo
O poder da última palavra e os diálogos
institucionais : uma análise da crise da jurisdição
constitucional / Raissa Carly Fernandes Macêdo
Osterno ; orientador, Claudio Ladeira de Oliveira,
2017.
207 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Jurisdição Constitucional. 3.
Democracia. 4. Constitucionalismo. 5. Diálogos
institucionais. I. Oliveira, Claudio Ladeira de.
II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

**O PODER DA ÚLTIMA PALAVRA E OS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA CRISE DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Raissa Carly Fernandes Macêdo Osterno

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
UFSC - Orientador

Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr
UFSC – Membro

Prof^ª. Dr^ª. Renata Albuquerque de Lima
FLF – Membro

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.
Coordenador do Curso

Florianópolis/SC, 07 de novembro de 2017.

A Carlos Ari (*in memoriam*) e Cláudia, por tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida, saúde e força para eu chegar ao fim de mais uma etapa desse belo caminho da vida.

Aos meus pais, pela confiança que sempre depositaram na menina estudiosa, e pelo amor e estrutura familiar e educacional que me concederam.

Ao meu esposo, Artur Paiva, pela indescritível forma de me amar, apoiar, tranquilizar e de me mostrar (a todo momento) a belíssima visão de que o caminhar é sempre o mais importante, pois nos satisfazemos no presente e não apenas com o final da jornada. Este ponto é consequência lógica do enfrentamento digno de todo o caminho. A ele, meu eterno amor e agradecimento.

Aos meus irmãos, Ari, Danielle e Ana Clara e a minha sobrinha, Valentina, que aconchegam meu coração mesmo na distância.

Às minhas duas sogras: dona Maria, pelo apoio estrutural, e à mãe Lelê, pelo maravilhoso café de todas as horas. Ao meu sogro: Sr. Kleber, pelo aconselhamento diário sobre a importância do conhecimento.

Ao meu ex-colega de graduação e hoje grande amigo de vida, de profissão e do mestrado, Bruno Moraes; e a minha ex-professora e hoje amiga de profissão e mestrado, Osvânia Pinto, pela disposição em me ajudar nos momentos difíceis da elaboração deste trabalho.

À Faculdade Luciano Feijão, na pessoa de duas pessoas imprescindíveis: o Prof. Luciano Feijão, pela ânsia de sempre fomentar o desenvolvimento educacional em Sobral/CE, incumbindo-se de proporcionar a ascensão acadêmica de 22 estudiosos com os quais sequer possui laços de consanguinidade, minha gratidão eterna. À incrível, admirável e competente Prof. Isabel Pontes, sem a qual o curso MINTER – UFSC/FLF não teria se efetivado. Sua força e determinação são características que buscarei incansavelmente.

À respeitável Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, que honrou a cidade de Sobral/CE por proporcionar um curso de tão alto nível, com professores ímpares e de renome nacional.

Ao Prof. Doutor Claudio Ladeira, por aceitar me orientar e fazer possível o desenvolvimento de um tema que tanto me instiga.

A todos os professores do curso de pós-graduação *stricto sensu* que participaram do programa, pela desconstrução e construção do conhecimento nesses dois anos.

Por fim, aos distintos colegas de jornada neste curso, pelo grande compartilhamento de conhecimento, ideias, reflexões e ajuda para o deslinde de detalhes específicos deste trabalho.

RESUMO

Este estudo retrata sobre a crise da Jurisdição Constitucional e a decorrente conflagração com outros poderes de uma República democrática, especialmente com o Legislativo. Essa tensão é vivenciada por diversos países na contemporaneidade, inclusive o Brasil, onde o conflito político-institucional toma grandes proporções. Esse panorama crítico decorre principalmente do eventual desrespeito à Constituição ou às regras do regime democrático, quando, no exercício da função contramajoritária, a Jurisdição Constitucional decide em última palavra sobre questões fundamentais de Estado. Com efeito, diversas teorias intentam sanar este impasse, ora ratificando a legitimidade da Casa Constitucional, ora destinando a função ao Legislativo, ou mesmo, estabelecendo que o diálogo entre os poderes seria uma solução pertinente. Desse modo, este trabalho objetiva verificar quem (dentre os poderes) deve dar a última palavra sobre o sentido constitucional dentro de uma democracia. Assim, inicia-se pelo estudo sobre a democracia e as conquistas do constitucionalismo com seu inerente mecanismo de controle de constitucionalidade, o qual sempre foi designado a um dos poderes. Posteriormente, expõem-se os fenômenos da Judicialização da Política e Ativismo Judicial como consequências da concessão dessa legitimidade ao Tribunal Constitucional. Trazendo, por sua vez, as ideias das teorias dialógicas, que retratam que a solução para o impasse da legitimidade sobre o controle de constitucionalidade seria uma interação dialógica entre as instituições. Ademais, trata-se da antiga regra de separação e equilíbrio entre os poderes e demonstra-se, casuisticamente, a insalubre fase do Supremo Tribunal Federal, bem como sua relação com o Congresso Nacional. Propondo, por fim, as premissas para um maior respeito e busca democrática. Para isso, utilizou-se de uma pesquisa básica, de abordagem qualitativa, com finalidade descritiva, método indutivo, com interpretação histórica e sistemática, e, técnica bibliográfica documental.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Democracia. Constitucionalismo. Teorias de Última Palavra. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

This study portrays the crisis of the Constitutional Jurisdiction and the resulting conflagration with other powers of a democratic Republic, especially with the Legislative. This tension is experienced by several countries in the contemporary world, including Brazil, where the political-institutional conflict takes great proportions. This critical situation stems mainly from the possible disrespect for the Constitution or the rules of the democratic regime, when the Constitutional Jurisdiction decides in the last instance on fundamental questions of State. In fact, several theories try to remedy this impasse, either by ratifying the legitimacy of the Constitutional House, or by assigning the function to the Legislative, or even by establishing that dialogue between the powers would be a pertinent solution. In this way, this work aims to verify who (among the powers) should give the last word on the constitutional sense within a democracy. Thus, it begins with the study of democracy and the achievements of constitutionalism with its inherent mechanism of control of constitutionality, which has always been assigned to one of the powers. Subsequently, the phenomena of Judicialization of Politics and Judicial Activism are exposed as consequences of granting this legitimacy to the Constitutional Court. Bringing, in turn, the ideas of dialogical theories, which portray that the solution to the impasse of legitimacy over constitutional control would be a dialogic interaction between institutions. In addition, it is the old rule of separation and balance between the powers and it is shown, casuistically, the unhealthy phase of the Federal Supreme Court, as well as its relation with the National Congress. Proposing, finally, the premises for a greater respect and democratic search. For this, a basic research was used, with a qualitative approach, with descriptive purpose, inductive method, with historical and systematic interpretation, and documentary bibliographical technique.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Democracy. Constitutionalism. The Last Word Theories. Institutional Dialogues.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	21
2.1 LEITURAS SOBRE DEMOCRACIA.....	21
2.1.1 O postulado democrático de Robert Dahl	21
<i>2.1.1.1 Democratização e Oposição Pública</i>	<i>24</i>
2.1.2 Autogoverno como método de resolução de conflitos ...	37
2.2 ESTADO DE DIREITO E CONSTITUCIONALISMO	40
2.2.1 O germinal da constitucionalização	40
2.2.2 Constitucionalismo: restrições e favoritismos	48
2.2.3 Constitucionalismo não democrático?	59
2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS TEORIAS DE ÚLTIMA PALAVRA.....	68
2.3.1 O diálogo entre Schmitt e Kelsen	72
2.3.2 O posicionamento de Ely Hart.....	83
2.3.3 O debate entre Dworkin e Waldron.....	86
3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	93
3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	94
3.1.1 Parâmetros fundamentais no mundo	94
3.1.2 A forma jurídica-política constitucional da Corte brasileira.....	104
3.2 TEORIAS DIALÓGICAS	113
3.2.1 Proposições sobre Diálogos Institucionais	114
<i>3.2.1.1 Teorias do método judicial</i>	<i>122</i>
<i>3.2.1.2 Teorias estruturais do diálogo.....</i>	<i>127</i>
<i>3.2.1.3 Modelo no Direito Comparado</i>	<i>134</i>
3.3 A PROPOSTA DE CONRADO HÜBNER MENDES.....	137
4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INTERRELAÇÕES, CRISE E A CONSTANTE BUSCA PELO IDEAL DEMOCRÁTICO	143
4.1 SEPARAÇÃO DE PODERES, RELAÇÕES INSTITUCIONAIS E <i>CHECKS AND BALANCES</i>	143
4.2 TENSÕES INSTITUCIONAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO – ESTUDOS DE CASO	151

4.2.1 O procedimento sancionatório do Impeachment de Rousseff	151
4.2.2 Caso dos medicamentos de alto custo e os não aprovados pela Anvisa.	158
4.2.3 A presunção de inocência e o HC 126.292/SP	163
4.2.4 A decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio e a ADFP 402	167
4.3 A PROPOSIÇÃO À PERQUIRÇÃO DEMOCRÁTICA	173
CONSIDERAÇÕES FINAIS	187
REFERÊNCIAS	191

1 INTRODUÇÃO

Esta investigação tem como tema a Jurisdição Constitucional e como delimitação de tema o poder da última palavra e os diálogos institucionais: uma análise da crise da Jurisdição Constitucional. Aqui, intenta-se aclarar o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, que é a função desenvolvida por um órgão do Poder Judiciário a fim de se fazer o controle de atos políticos sob o prisma da Carta Constitucional, e a sua proeminência como consequência da reviravolta paradigmática desencadeada no pós-Segunda Guerra, onde aclarou-se um Judiciário a ocupar papel institucional paulatinamente de maior destaque frente aos demais Poderes, especialmente pela legitimidade em fazer o controle de constitucionalidade. Tal expansão faz com que a circunscrição jurisdicional penetre cada vez mais em esferas funcionais próprias das instituições políticas. Nesse sentido, ponderam-se também os conceitos de Democracia e Constitucionalismo, pois mesmo que o poder seja do povo, necessário se faz entender as restrições impostas ao governo através da doutrina do Constitucionalismo democrático. Desse modo, esclarece-se qual seria a melhor solução no Brasil para a atual crise do Supremo Tribunal Federal, a fim de respeitar mais e fomentar o regime idealizado pelo constituinte de 1988, utilizando-se como parâmetros de análise, ademais, as teorias de última palavra e dos diálogos institucionais.

A problemática entornou o seguinte quadro: considerando-se que, na República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário detém a legitimidade de proferir a última palavra sobre o sentido da Constituição, como evitar a mitigação do regime democrático e o germinal da tensão institucional?

Dessa forma, suscitou-se como hipótese que o controle jurisdicional de constitucionalidade está previsto expressamente na CF/1988, decorrendo daí a legitimidade do Poder Judiciário para aferição da compatibilidade constitucional dos atos dos poderes políticos. Entretanto, quando a discussão envolver questões valorativas profundas, não caberia ao Judiciário a última palavra sobre a matéria, em vista de seu caráter contramajoritário. O tribunal daria uma decisão provisória, pois as discussões e deliberações poderiam se manter até que os três poderes convergissem sobre aquela temática. Isto é, para se fomentar a democracia, as teorias dialógicas seriam melhor apropriadas do que as teorias de última palavra, que concedem apenas a um dos poderes a competência para estabelecer o sentido constitucional.

Tendo em vista tais considerações, o objetivo geral deste estudo foi investigar como amainar a crise da Jurisdição Constitucional no cenário nacional, que se reveste também através de uma crise interinstitucional e democrática, notadamente, pela detenção da última palavra pelo Poder Judiciário. Pois, conjugando-se os preceitos consagrados no *caput* e parágrafo único do artigo primeiro da Constituição de 1988, constata-se que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, bem como que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Assim, evidencia-se que o constituinte brasileiro idealizou a construção de um Estado enraizado nos fundamentos do regime democrático. Contudo, paradoxal é que a competência para a tomada de decisões eminentemente de Estado, estejam sendo efetivadas por um poder cujos membros não passam pelo crivo dos donos do poder.

Para o alcance do objetivo geral, utilizou-se dos seguintes objetivos específicos: no primeiro, objetivou-se partir de um conceito de democracia, delimitando a utilização da teoria de Robert Alan Dahl que caracteriza a eterna busca pelo ideal democrático, já que a democracia real se reveste da efetivação mínima de algumas instituições/condições básicas, como funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fontes de informação diversificadas, autonomia para as associações e cidadania inclusiva. Porém, constantemente elas precisariam ser desenvolvidas para se continuar em direção à democracia ideal e a busca pela igualdade política entre os integrantes do corpo pluralista que é a sociedade. Ainda sobre a democracia, acrescentou-se estudos de Adam Przeworski, o qual ratifica as eleições como mecanismo por excelência democrático e a manutenção dos preceitos democráticos nos períodos entre eleições, entendendo que a democracia é o melhor método para se resolver os conflitos numa sociedade.

Acresce-se ainda ao primeiro objetivo adentrar às conquistas do constitucionalismo, a fim de aferir a validade de uma Carta Constitucional em um Estado de Direito e posteriormente no Democrático de Direito. Trazendo como inerente a esse sistema a necessidade da existência de mecanismos de controle para proteger tal documento, apresentando, por sua vez, um recorte das teorias de Carl Schmitt, Hans Kelsen, Ely Hart, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, no que tange a quem teria a legitimidade para fazer o controle de constitucionalidade. Referidos estudos, ora destinam ao Judiciário, ora ao Legislativo tal competência.

O segundo objetivo foi demonstrar o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial como consequência da proeminência da função judicial, especialmente pós-Segunda Guerra, momento em que as

mais diversas relações sociais passaram a ser tratadas pelo judiciário, ensejando no crescimento exponencial de ações e matérias solucionadas por um grupo pequeno de magistrados. Isso provocou invasões de fronteiras semânticas de competências de outros poderes, bem como afrontas ao texto constitucional, trazendo a instabilidade democrática e institucional. Ademais, mostra-se as teorias dialógicas, através de uma sistematização feita por Christine Bateup, as quais se apresentam como uma possível alternativa às teorias de última palavra. Esses diálogos seriam uma comunicação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, como a melhor condição para se respeitar as condições da democracia e continuar ensejando seu desenvolvimento, pois, a todos os poderes caberiam a interpretação da Constituição e a participação nas decisões morais/estatais importantes.

O terceiro objetivo, foi trazer as antigas ideias de separação e equilíbrio (*checks and balances*) entre os poderes, através dos ensinamentos de Montesquieu e James Madison, a fim de compreender de onde se origina essa ideia de interação entre essas instituições. Outrossim, apresentar especificamente o cenário contemporâneo do Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento de sua função constitucional, bem como a decorrente tensão da Corte com o Poder Legislativo. Para isso, usou-se alguns *leading cases*, como decisões dentro do processo de *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff; os casos de remédios de alto custo e os não aprovados pela Anvisa; o caso da execução provisória da pena; e sobre a decisão que determinou o afastamento do senador Renan Calheiros da presidência do Senado. Para, por fim, propor algumas premissas a solucionar a problemática apresentada, para fins de se respeitar mais a real democracia e buscar a democracia ideal.

O descortinamento desse tema se justifica pela imprescindibilidade de se manter as bases de uma democracia, regime de tão cara conquista que perpassou e perpassa os milênios, o qual favorece a participação e a manutenção do povo no poder. Ademais, incita cada vez mais essa participação no trasmudar exponencial da complexa sociedade contemporânea. Não se entende como plausível que se retorne a um *status quo ante* quando a apenas um ator se concentram as decisões de Estado, especialmente se esse ator não representa o povo. Se à comunidade acadêmica não interessasse tal tema, todos os institutos de separação de poderes, soberania popular e sufrágio universal seriam mitigados, e o povo seria relegado ao silêncio e à opressão.

Para a concreção procedimental, a metodologia¹ utilizada nesta dissertação se revestiu de pesquisa pura, a qual busca conhecer e aprimorar os conhecimentos científicos, porém não há uma preocupação imediata com a sua aplicabilidade, convergindo para a construção de um conhecimento mais abstrato. Quanto à finalidade, a pesquisa foi descritiva, já que se partiu da exposição de um determinado fenômeno com suas respectivas características (GIL, 2008).

Quanto à abordagem, foi qualitativa, porquanto prevaleceu fundamentos epistemológicos (SEVERINO, 2007) e não a quantificação através de dados estatísticos. O método empregado foi o indutivo, que conforme Gil (2008, p. 10), nesse método “a generalização não deve ser buscada aprioristicamente, mas contrastada a partir da observação de casos concretos suficientemente confirmadores dessa realidade”. De fato, utilizou-se de *leading cases* do Supremo Tribunal Federal para aferir o desenvolvimento desta Casa Constitucional no seu mister precípua, bem como de sua relação com o Legislativo.

A técnica foi em sua maior parte bibliográfica², uma vez a utilização de documentos secundários, como livros, revistas, jornais, meios de comunicação, dissertações, teses etc³. Porém, uma parte é documental, pois foram utilizados registros e arquivos jurídicos, especificamente autos virtuais de processos do Supremo Tribunal

¹ Para Marconi e Lakatos método é o arcabouço cognitivo e sistemático utilizado pelo pesquisador para atingir seu objetivo final (o conhecimento), através dele se demonstra todo o caminho seguido na pesquisa, o qual deve se consubstanciar nas seguintes etapas: descobrimento do problema; colocação precisa do problema; procura de conhecimentos ou instrumentos relevantes ao problema; tentativa de solução do problema com auxílio dos meios identificados; invenção de novas ideias ou produção de novos dados empíricos; obtenção de uma solução; investigação das consequências da solução obtida e comprovação da solução; correção das hipóteses, teorias, procedimentos ou dados empregados na obtenção da solução incorreta (2003, pp 83-84).

² Lakatos e Marconi estabelecem que a pesquisa bibliográfica “oferece meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não se cristalizaram suficientemente e tem por objetivo permitir ao cientista o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações” (2003, p. 183).

³ Importante mencionar que alguns livros e artigos utilizados neste trabalho advêm de língua estrangeira, principalmente do inglês e do espanhol. Desse modo, informa-se que se utilizará no corpo do texto apenas de tradução livre para fins de composição da dissertação.

Federal, interpretados através de uma perspectiva histórica, sistemática e teleológica dos assuntos escolhidos.

Interessa, por fim, fazer um recorte do tema para aclarar o caminho escolhido neste estudo. Os estudos acerca do desenvolvimento e influxos da Jurisdição Constitucional se apresentam por alguns nichos, como o modo da interpretação efetivada pelos membros da Corte Constitucional, bem como no que diz respeito à consonância do desenvolvimento dessa função e a separação de poderes. Ambos os caminhos estão ligados ao respeito ao regime democrático. Quando se trata do primeiro recorte, os pesquisadores geralmente tentam estabelecer como as cortes constitucionais devem decidir, buscando muitas vezes a ratificação de uma teoria da decisão. Este trabalho, porém, segue a segunda vertente investigatória, isto é, objetiva descobrir quem deve decidir sobre questões constitucionais profundas de um Estado dentro de um arranjo de três poderes, tudo para fins de não mitigar o regime democrático, bem como para potencializá-lo.

2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Falar sobre o tema Jurisdição Constitucional e seu respectivo desenvolvimento contemporâneo, impõe necessariamente discutir o tema Democracia e o caminho percorrido pelo Constitucionalismo. Este último, exige a necessidade de controle do próprio poder, assim, quando esse controle é competência apenas de um pequeno grupo de *experts* - dentro do cenário da supremacia constitucional - os quais não estão submetidos a requisitos mínimos para que uma instituição seja qualificada como democrática, o governo do povo pode restar ameaçado.

Pela imanência dos temas e pelo protagonismo da Jurisdição Constitucional na vida social e política de um país, inicia-se este trabalho com o estudo da teoria democrática. Posteriormente, expõe-se sobre as origens e características do Constitucionalismo e sua consonância com o regime democrático. Ainda, expõe-se as teorias de última palavra que concedem a apenas um dos poderes a legitimidade para se fazer o controle de constitucionalidade, trazendo os debates que entornam esse tema.

2.1 LEITURAS SOBRE DEMOCRACIA

Para tratar sobre democracia, escolheu-se um recorte teórico contemporâneo, apresentando-se a seguir, a teoria que retrata a busca da democracia ideal de Robert Alan Dahl, juntamente com a contribuição de Adam Pzeworski, o qual entende a democracia como um método de resolução dos conflitos.

2.1.1 O postulado democrático de Robert Dahl

Robert Dahl traz como contribuição importante à ideia democrática, a circunstância que, na verdade, não vivemos efetivamente no que seria uma democracia, mas sim, numa poliarquia, pois aquele termo se caracteriza como um ideal a ser atingido. Notadamente, porque as condições democráticas são trabalhadas e vivenciadas cotidianamente, podendo ser fomentadas ou retrocedidas. A democracia para o autor, cunha-se de um viés liberal, uma vez que preza pela competição, além da participação política, diferentemente de algumas teorias clássicas que acreditam ser a democracia participativa eficaz⁴.

⁴ Essas teorias tradicionais podem ser cunhadas como antielitistas pois afastam a possibilidade da competição ser uma das condições democráticas, especialmente

Vale ressaltar que, apesar de o autor, em seu livro (Poliarquia) mais remoto, referir-se ao desenvolvimento democrático de países até a década de 1960, é legítimo asseverar que ainda há sentido em suas condições, principalmente porque nada mais contemporâneo do que as discussões na seara política que geram avanços e retrocessos no regime democrático. Nesse sentido, necessário se faz uma análise das principais dimensões e condições que podem direcionar as democracias reais para a democracia ideal⁵.

Dahl, ao estabelecer duas dimensões para sua teoria democrática, quais sejam, a contestação pública e o direito de participação, afasta as teorias substantivistas e de idolatração apenas à participação de um povo puro, bem como a visão schumpeteriana que atrela esse povo apenas a interesses próprios, o qual teria a cognição intelectual inversamente proporcional ao seu respectivo interesse (LESSA, 1997).

Segundo Fernando Limongi⁶, Dahl, ao tratar da participação, traz uma característica marcante que é o pluralismo aceito como essencial para o autor. Esse pluralismo reveste-se da possibilidade de inserção das massas através de grupos representativos. Para Dahl, as sociedades plurais seriam determinantes para o alvorecer da democracia, uma vez que nesse modelo nenhum grupo, individualmente, teria o poder. Não haveria, portanto, sobreposição das estratificações sociais, impedindo,

porque a competição é característica do liberalismo. Para aprofundamento sobre o conflito entre teorias democráticas elitistas e antielitistas ver: HOLDEN, Barry. Verbete “democracia”. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Tradução de Eduardo F. Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

⁵ Há críticas à forma utilizada por Dahl na caracterização de sua Poliarquia, como a de Giovanni Sartori e Guilherme O’Donnel. Aquele acaba por revisitar a teoria democrática dahlsiniana e traz a circunstância de que não precisamos de outro termo para cunhar o regime democrático. Entende-se que essa forma é ideal, justamente para sempre estarmos em busca do que esse regime deve ser. Dessa forma, consubstancia a existência da democracia descritiva, aquilo que ela é, e a democracia prescritiva, o que ela deve ser. (Ver: SARTORI, Giovanni. **A teoria democrática revisitada: 1. O debate contemporâneo**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994). Já Guilherme O’Donnel, opta pelo fato de se chamar propriamente democracia, pois dos regimes ditatoriais à poliarquia de Dahl, isso já demonstraria a superação daquelas arbitrariedades e abuso de poder, porém não relega a ideia da busca para o ideal democrático (Ver: O’Donnel, Guilherme. **Poliarquias e a (In)efetividade da lei na América Latina**. In: Novos Estudos CEBRAP, n. 51, p. 49, 1998)

⁶ Prefaciador do Livro Poliarquia – participação e oposição, de Robert A. Dahl.

por sua vez, a proliferação de conflitos. “Em outras palavras, Dahl e a escola pluralista a que ele se filia creditam a preservação da liberdade política à sobrevivência e à contraposição de inúmeros poderes sociais independentes” (DAHL, 2015, p. 19)

Limongi (DAHL, 2015, p. 20) faz uma crítica à falta de profundidade descritiva acerca desse pluralismo e da estratificação social, uma vez que, no livro Poliarquia, Dahl já faz o direcionamento da obra para as variações institucionais como índice propulsor do triunfo democrático. Essas variações institucionais ocorriam, notadamente, na relação entre Executivo-Legislativo e entre os sistemas partidários, porque as questões políticas eram determinantes para a (in)estabilidade democrática. Ao prefaciá-la obra Poliarquia, Fernando Limongi sustenta que

[...] a democracia susta-se por um equilíbrio de forças, isto é, quando nenhum grupo social está em condições de eliminar os demais. Sobretudo, é fruto de um cálculo de atores políticos inseridos em uma relação estratégica (DAHL, 2015, p. 21).

Na obra Sobre a Democracia (DAHL, 2001), lançado em 1998, Dahl primeiramente trabalha com o que seria a democracia ideal, respondendo perguntas sobre o que é democracia, o porquê democracia, quais as instituições democráticas. Em um segundo momento, estabelece as condições para manter essas instituições democráticas.

Dessa forma, o autor, ao tratar da segunda indagação, delineia dez razões que respondem à pergunta e que deverão ser aferidas na democracia ideal, sendo as duas primeiras capazes de ensejar as últimas: i) rechaço à tirania; ii) respeito a direitos fundamentais, enaltecendo o Estado de Direito e sua constituição, sendo ela importante para o equilíbrio das instituições democráticas; iii) a democracia assegura a liberdade pessoal se comparada a qualquer outro regime; iv) corrobora a proteção aos próprios interesses fundamentais; v) propicia a autodeterminação e convivência por meio de leis editadas por representantes eleitos; vi) somente o governo democrático propicia a responsabilidade moral; vii) desenvolvimento humano pleno, diferente de qualquer outro modelo; viii) promove a igualdade política; ix) as democracias representativas modernas não fazem guerra entre si; x) os governos democráticos tentam ser mais prósperos do que países não democráticos (DAHL, 2001, p. 73-74).

E, após explicar o porquê é melhor a democracia, define quais instituições políticas promovem a democracia (ou quais institutos ela exige) em grande escala. Essas seriam: i) funcionários eleitos; ii) eleições livres, justas e frequentes; iii) liberdade de expressão; iv) fontes de informação diversificadas; v) autonomia para as associações; vi) cidadania inclusiva (DAHL, 2001, p. 99). Além do mais, explica como as instituições devem se manter para que constantemente se busque o ideal democrático⁷, ponto que será visto no próximo item.

2.1.1.1 Democratização e Oposição Pública

A caracterização (ideal) da democracia para Dahl, engloba a responsividade do governante perante seus cidadãos. Para a efetivação dessa característica, necessário se faz um pressuposto, segundo o qual, os cidadãos devem ter plenitude de oportunidades.

Assim, essa plenitude se daria por três condições necessárias à democracia. A primeira, estabelece que os cidadãos devem poder formular suas preferências. A segunda, de exteriorizá-las aos seus pares e governo através de ações individuais e coletivas. A terceira, que essas preferências precisam ser consideradas pelo governo sem discriminação de conteúdo ou forma (DAHL, 2015, p. 26).

Expõe, analiticamente, a composição dessas condições⁸, através de oito garantias: i) liberdade de formar e aderir a organização; ii) liberdade de expressão; iii) direito de voto; iv) elegibilidade para cargos públicos; v) direito de líderes políticos disputarem apoio (disputarem votos); vi) fontes alternativas de informação; vii) eleições livres e idôneas; viii)

⁷ “O conjunto destas seis instituições políticas se constitui numa nova forma de governo popular, diferente de todas as experiências anteriores, desde a democracia grega. O que explica o fato de o governo democrático representativo moderno ser historicamente único, bem como aclara a conveniência de se criar uma nova denominação para este governo: democracia poliarcal” (CADEMARTORI, 2011, p. 227).

⁸ Para se caracterizar a plenitude de oportunidades, Dahl impõe as três condições (formulação, exteriorização e consideração das preferências pelo governo), que de uma forma mais analítica se consubstanciam através de oito condições que devem ser averiguadas. Essas oito condições são estabelecidas em seu livro mais remoto, Poliarquia (2015). Já no livro Sobre a Democracia (2001), o autor faz um condensado de seis condições apenas, conforme estipulado no último parágrafo do item acima.

instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações e de preferências (DAHL, 2015, p. 27).

Paralelamente, ao esmiuçar as condições para efetivação da plenitude de oportunidades do povo, Dahl traz o conceito do fenômeno democratização, o qual está diretamente ligado, segundo o autor, a duas dimensões: à contestação pública e ao direito de participação. Sendo estas duas compostas, analiticamente, pelas oito⁹ condições já apresentadas.

Vale ressaltar que essas dimensões são diretamente proporcionais, pois, quanto maior a disponibilidade do direito de participação, maior gama de indivíduos têm a oportunidade de contestar o governo¹⁰. Por isso, para Dahl, não apenas o fato de haver mecanismos de contestação pública poderia levar à uma democracia plena, já que, se a participação for restrita, aquele direito restaria apenas para alguns sujeitos, o que levaria o direcionamento da sociedade para oligarquias e não à poliarquia¹¹ (2015, p. 29).

As duas dimensões estão diretamente relacionadas ao grau de competição política e participação política, respectivamente. Isto é, a contestação pública nada mais seria do que a ampla possibilidade de concorrer aos cargos do governo, ampla porque abarca o maior número de grupos sociais permitidos à disputa. Já a participação, diz respeito ao exponencial número de pessoas que podem escolher seus líderes políticos.

O percentual dessas dimensões é determinante para configurar os vários sistemas tipológicos trazidos por Dahl, permitindo, assim, uma comparação entre os regimes a partir do grau de desenvolvimento dessas duas dimensões. Esses sistemas são: i) hegemonias fechadas; ii) hegemonias inclusivas; iii) oligarquias competitivas; iv) quase-poliarquias e v) poliarquias.

Da análise do gráfico trazido por Dahl¹², infere-se que ao se falar em hegemonia fechada, demonstra-se o baixo grau de participação e

⁹ Ou seis, no livro *Sobre a Democracia* (DAHL, 2001), lançado em 1998.

¹⁰ “Um país com sufrágio universal e com um governo totalmente repressivo certamente proporciona menos oportunidades a oposições do que um país com o sufrágio limitado mas com um governo fortemente tolerante. Consequentemente, quando os países são classificados exclusivamente de acordo com sua capacidade de inclusão sem levar em conta circunstâncias ambientes, os resultados são anômalos” (DAHL, 2015, p. 29).

¹¹ Gráfico representativo do percurso de um regime a outro em virtude das duas variáveis, *in*: DAHL, Robert. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Trad. de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 30.

¹² Ver nota 11.

competição política; já a hegemonia inclusiva, há participação, porém a competição é baixíssima; na oligarquia competitiva, há alto grau de competição e ignobilíssima participação. Ainda, há o espaço que Dahl qualificou de quase-poliarquia, pois há regimes que estão no meio termo, ou seja, têm mecanismos de contestação pública e participação mais acentuados que os três primeiros sistemas, porém não estão no nível necessário para se qualificar como poliarquia. Nesse sentido, Dahl estabelece:

A falta de nomenclatura não significa uma falta de regimes; na verdade, um número preponderante de regimes nacionais, atualmente, no mundo, possivelmente cairia na área média. Muitas mudanças significativas em regimes envolvem pois deslocamentos dentro de, para dentro ou para fora, dessa importante área central, na medida em que esses regimes se tornam mais (ou menos) inclusivos e aumentam (ou reduzem) as oportunidades de contestação pública (2015, p. 31).

Já nas poliarquias, ter-se-ia um alto grau tanto de competição como participação política. A definição desse sistema para Dahl é uma aproximação do que idealmente seria democracia¹³. Nesse sentido, há uma evolução dos sistemas para se chegar aos patamares da Poliarquia, através justamente do progresso das duas dimensões. Nas palavras do referido autor:

Quando regimes hegemônicos e oligarquias competitivas se deslocam na direção de uma poliarquia, eles aumentam as oportunidades de efetiva participação e contestação e, portanto, o número de indivíduos, grupos e interesses cujas preferências devem ser levadas em consideração nas decisões políticas (2015, p. 36).

¹³ Nas palavras do autor: “As poliarquias podem ser pensadas então como regimes relativamente (mas incompletamente) democráticos, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública (2015, p. 31).

Ademais, uma virada de hegemonias ou outro regime é frequentemente mais desejável. Em sua obra *Poliarquia*¹⁴, sete condições influenciavam a qualificação de regime poliárquico. Essas condições seriam: i) sequências históricas; ii) grau de concentração na ordem socioeconômica; iii) o nível de desenvolvimento socioeconômico; iv) igualdades e desigualdade; v) clivagens subculturais; vi) controle estrangeiro; e vii) crenças de ativistas políticos (DAHL, 2015, pp. 50 e 190).

Em sua obra mais recente, “Sobre a Democracia”, essas condições são entendidas como favorecedoras das instituições democráticas e foram sintetizadas em cinco, tais como: i) controle estrangeiro; ii) controle do poder militar e da polícia; iii) conflitos culturais, iv) cultura e convicções democráticas; v) economia de mercado e sociedades modernas (DAHL, 2001, pp. 161-175).

Nesse ínterim, válido mencionar que houveram acréscimo e supressão de condições da obra de 1976 para a de 1998. A quarta condição que favorece as instituições democráticas, isto é, cultura e convicções democráticas contém a sétima condição estabelecida na década de 70, ou seja, crenças de ativistas políticos. Já as condições constantes na obra de 70, como: grau de concentração na ordem socioeconômica, nível de desenvolvimento socioeconômico, igualdades e desigualdades; foram consubstanciadas na condição economia de mercado e sociedades modernas. Por outro lado, suprimiu o fator das sequências históricas e acrescentou o controle da polícia (CADEMARTORI, 2011, pp. 242-255).

Além das mencionadas, Dahl assevera que outras podem ajudar o desenvolvimento democrático, como o domínio das leis, a paz prolongada e algumas mais, porém, entende ser aquelas cinco as determinantes (DAHL, 2001, p. 175).

Para fins desse estudo, escolheu-se um estudo analítico da sétima condição: as crenças de ativistas políticos, a qual é corroborada pela quarta condição da obra mais recente do autor¹⁵. Essa condição diz respeito à valoração dada ao que os atores da vida política acreditam,

¹⁴ Obra escrita na década de 70. Para o desenvolvimento dessas condições, Dahl parte do questionamento: “Que circunstâncias aumentam significativamente a segurança mútua de governo e oposições e aumentam assim as possibilidades de contestação pública e de poliarquia?” (2015, p. 37)

¹⁵ Que seria a cultura e convicções democráticas. Vale destacar que ao delinear as cinco condições em *Sobre a Democracia*, Dahl, expõe quais seriam essenciais e quais seriam favoráveis, sendo a cultura e convicções democráticas entendida como essencial (2001, p. 163).

posto que isso impulsiona a democratização (o deslocamento gráfico dos regimes anteriores à quase poliarquias ou à poliarquia, bem como destas à democracia).

Dessarte, os fatores determinantes das crenças¹⁶ explicam as próprias crenças políticas, tendo por consequência as devidas ações políticas, afetando sobremaneira o regime político de um Estado, uma vez que “[...] aquilo em que acreditamos influencia não só o que queremos que aconteça, mas também o que efetivamente pensamos que aconteça” (DAHL, 2015, p. 128).

Nesse sentido, Dahl quer demonstrar como as crenças de ativistas, militantes e líderes políticos¹⁷ determinam as ações que implicam nos regimes vivenciados dentro dos estados, já que se sabe da influência desses agentes sobre o povo, principalmente porque se entende “que as crenças individuais influenciam as ações coletivas e, com isso, a estrutura e o funcionamento de instituições e sistemas” (2015, p. 129). Essas crenças trazidas por Dahl se revestem: i) na legitimidade da poliarquia; ii) nas autoridades numa poliarquia, notadamente através de sua forma de ser; iii) na eficácia dos governos; iv) confiança nos atores políticos; vi) na cooperação.

Nesse sentido há o reforço de Dahl para esclarecer as nuances das condições democráticas, pois “quanto maior a crença na *legitimidade das instituições* de um país, maiores as chances” (2015, p. 131) democráticas. Essa crença demonstra justamente a confiança que os ativistas depositam na legitimidade da poliarquia. Desse modo, para essa confiança na legitimidade da poliarquia, imprescindível, portanto, que haja a *congruência entre as autoridades democráticas e outras instituições e*

¹⁶ “De início, fique claro que uso o termo “crenças” num sentido amplo. Não farei distinções entre crenças e conhecimento. Por conhecimento geralmente queremos identificar crenças que nos parecem verdadeiramente bem fundadas, incontrovertíveis talvez [...]. As crenças guiam a ação não só porque influenciam ou dão corpo aos valores e metas mais distantes de alguém – sua salvação religiosa por exemplo, sua segurança na velhice, ou a independência de seu país – mas também porque as crenças estruturam nossos pressupostos sobre a realidade, sobre o caráter do passado e do presente, nossas expectativas sobre o futuro, nossa compreensão dos “comos” e “porquês” da ação: em suma, nosso conhecimento” (DAHL, 2015, p. 128).

¹⁷ “Este enfoque não significa que as crenças presentes nas camadas menos influentes sejam irrelevantes, mas apenas que uma abordagem mais consistente pode ser feita tratando-se das crenças da camada politicamente mais atuante e envolvida como um importante fator explanatório” (DAHL, 2015, p. 129).

*associações*¹⁸. Outra espécie que impacta a confiança na legitimidade poliárquica é a *eficácia do governo*. Para Dahl,

[...] não há dúvidas de que, em alguns países, uma proporção significativa da população, incluindo os ativistas, não tem muita confiança na capacidade do governo em cuidar efetivamente dos problemas do país (2015, p. 143).

Dessa forma, a ineficácia das instituições em resolver problemas influencia diretamente na manutenção da poliarquia, já que se pode enveredar para outros regimes, como a hegemonia¹⁹. Assim foi o que ocorreu na Alemanha, com a ferrenha oposição à República de Weimar, a qual, nos termos de Abel *apud* Dahl foi “reforçada pela crença de que o crescimento e a gravidade dos problemas com que a nação alemã se deparava, deviam-se largamente à ineficácia do governo”. A eficácia governamental está diretamente atrelada à confiança na autoridade. Assim, “se um governo é percebido como eficaz, seus êxitos provavelmente aumentarão o prestígio dos padrões de autoridade que ele incorpora; o inverso é verdadeiro quando ele falha” (DAHL, 2015, p. 145-146).

Ainda sobre crenças, a *confiança nos atores políticos* corrobora imprescindivelmente para o desenvolvimento poliárquico. Nessa perspectiva, Dahl fala que a confiabilidade favorece a poliarquia e suas dimensões através de três situações, entretanto a sua falta, redimensiona para regimes hegemônicos. Esses três modos podem ser resumidos da seguinte forma: i) há a necessidade de mútua comunicação, o que ocorre facilmente quando existe confiança; ii) a confiança favorece as organizações, assim possibilitando a promoção, sistematização e fundição

¹⁸ Eckstein *apud* Dahl “propôs a hipótese de que uma democracia seria mais estável se os padrões de autoridade do governo fossem “congruentes” com os padrões de outras instituições e associações do país” (DAHL, 2015, p. 140). Para um maior aprofundamento: Harry Eckstein, **Division na Cohesion in Democracy**: A Study of Norway. Princeton., Princetont University Press, 1966.

¹⁹ “[...] como acontece frequentemente em novos regimes, uma performance inepta é ainda mais perigosa. Assim, a incapacidade revelada pelas poliarquias recém-estabelecidas [...] no efetivo tratamento de problemas palpáveis – mesmo o de manter a ordem pública –, gerou dúvidas sobre a eficácia da poliarquia e incentivou a guinada para ditadura” (DAHL, 2015, p. 145).

de objetivos; iii) quando não há confiança, há conflitos e estes podem ser ameaçadores (DAHL, 2015, p. 147-148).

A confiança, vista como uma crença, é imprescindível para a dimensão da contestação pública, a fim de favorecer a democratização, tanto que para que se possibilite a competição política, os concorrentes podem ser adversários, mas não inimigos. Sobre o sentimento de confiança, Dahl traz a exposição de Richard Rose, o qual afirmou que esse sentimento

[...] é constante na cultura política. Em nível de governo, a confiança é importante entre companheiros e adversários partidários porque garante a todos que o grupo particular que está no comando não tirará vantagem da falta de restrições constitucionais aos poderes do governo. Fazer isto não seria uma violação da lei e sim da confiança, e os líderes políticos valorizam sua reputação de confiabilidade. (2015, pp. 148-149)

Outra crença que decorre também da confiança, é a *cooperação*, uma vez a existência de confiabilidade entre as pessoas, possibilita a organização associativa a fim de se atingir propósitos comuns, desse modo, Levine *apud* Dahl afirma que “há boas razões para se pensar que a incapacidade de cooperar reduz as chances de uma poliarquia” (DAHL, 2015, p. 149).

Há três maneiras diversas de se encarar a cooperação e os conflitos entre os atores políticos. Aqui se esclarecerá o que leva à democratização. Esta maneira é classificada como o terceiro modo²⁰ que equilibra a cooperação com a existência de conflitos. Nas palavras de Dahl:

Um terceiro ponto de vista vê as relações como cooperativo-competitivas. Conflito, competição e cooperação são todos vistos como aspectos normais das relações sociais que contribuem para uma sociedade progressista, vigorosa e saudável. Desse ponto de vista, grandes benefícios podem ser auferidos através da cooperação, mas como ninguém pode concordar com todos ou com todas as coisas, alguns conflitos são inevitáveis. O

²⁰ O primeiro diz respeito ao conflito estrito e o segundo à cooperação estrita (2015, pp 149 a 155)

conflito não é necessariamente ruim; ele faz parte, frequentemente, de um processo maior em que os atores em conflito acabam todos melhor do que estavam. A estratégia importante num conflito é buscar soluções mutuamente benéficas. Longe de ser uma traição ao princípio, o acordo é uma coisa essencialmente boa, e o espírito de acordo, vital (2015, p. 151).

A existência de conflitos é uma realidade inerente à vida em sociedade, isso é sabido e discutido desde os contratualistas. Então, não há como partir do pressuposto que a cooperação estrita seria realizável (primeiro modo). Os indivíduos divergem entre si, porém, para fins de uma sociedade pacífica, têm que cooperar para desenvolver os vínculos associativos e chegarem a denominadores comuns para o todo, possibilitando a convivência social. Por isso, para fomentar a democracia, a cooperação deve ser entendida em cotejo com a possibilidade de existência das divergências, ajudando, assim, a se atingir a melhor solução àquela antes do conflito.

A fim de demonstrar que a confiança leva à cooperação e esta pode ser o melhor resultado, Dahl traz o exemplo da teoria dos jogos, notadamente no exemplo dos prisioneiros, pois, quando os dois resolvem confiar um no outro, esta é caracterizada como a melhor saída²¹. Exemplifica ainda, que se entender a primeira opção, que seria a de cooperação estrita, as instituições políticas seriam solapadas, já que, entre as principais, os partidos políticos, há conflitos, e esses não são os únicos, os três poderes também se apresentam especialmente no atual cenário, em constante conflito. Isso fragilizaria a legitimidade da poliarquia, ensejando no não desenvolvimento desse regime²². Nessa acepção:

O fundamento da poliarquia e o da contestação pública exigem ambos a cooperação e o conflito em

²¹ Para mais aprofundamento, ver: HILBRECHT, Ronald O. *In* TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. Atlas: São Paulo, 2014.

²² “Mas se o conflito político é um mal irremediável, então os partidos políticos concorrentes certamente são um mal. É esta, com certeza, a ideologia popular em muitos países controlados por regimes hegemônicos; em países comunistas, certos aspectos do pensamento de Marx forneceram um embasamento lógico persuasivo sobre o qual Lenin e seus sucessores puderam erigir uma justificativa teórica e prática para reprimir todos os partidos que não o partido único governante (DAHL, 2015, p. 152).

instituições altamente visíveis, tais como eleições, partidos e parlamentos. Daí porque é de se esperar que a poliarquia seja favorecida por crenças que enfatizem a possibilidade e a desejabilidade, tanto do conflito, como da cooperação, particularmente, talvez, onde o conflito político possa ser visto como um elemento de uma ordem de cooperação superior (DAHL, 2015, p. 154).

Dessa forma, o acordo é uma “consequência normal e desejável de conflitos limitados pela cooperação” dentro de um país, assim, os estados devem entender essa máxima como tendência a favorecer a poliarquia²³. O desenvolvimento das crenças, sejam individuais ou coletivas, será ensejado pela exposição, prestígio e coerências com as crenças anteriores dos ativistas políticos. Vale ressaltar também que esses fatores estão diretamente vinculados à influência às pessoas, ajudando, pois, a “produzir aquelas mudanças amplas e decisivas de percepção que os historiadores descrevem ao escrever sobre a renascença, o iluminismo ou o desenvolvimento das ideias democráticas” (2015, p. 154 e 170).

Nessa perspectiva, importa esclarecer que o ponto de acréscimo dentro da condição ora discutida entre o Dahl em Poliarquia (crenças de ativistas políticos) e o Dahl na obra *Sobre a Democracia* (cultura e convicções democráticas), retrata que além dos ativistas e militantes políticos, essas crenças devem estar presentes em todos os cidadãos, induzindo o crescimento de uma cultura democrática, um vez que, viver a democracia é estar sujeito a passar por turbulências e iminentes desejos de imposição de autoritarismo. Dessa forma, a perspectiva democrática difundida e homogênea entre líderes e cidadãos facilitaria a difusão intergerações de convicções democrática, possibilitando rechaçar regimes de retrocessos, bem como manter as instituições necessárias ao ideal

²³ Nils Stjernquist e Lijphart *apud* Dahl: “Em alguns países com longas e arraigadas tradições de poliarquia e contestação pública, o acordo é certamente honroso tanto em palavras como em atos. Por exemplo, “o acordo é considerado tradicionalmente a técnica sueca em política, e a palavra ‘acordo’ evidentemente soa de maneira agradável aos eleitores suecos”. Considere-se também a Holanda: A política holandesa é uma política de acomodação. É este o segredo de seu sucesso. O termo acomodação é usado aqui no sentido de acerto de questões e conflitos divisores em que existe um consenso mínimo” (DAHL, 2015, pp. 154 e 155).

buscado (2001, pp. 173-174)²⁴. Nesse sentido, infere-se o quão importante se reveste a condição das crenças ou cultura democrática estabelecidas numa sociedade a fim de se diagnosticar qual o regime para o qual evoluirá e qual o nível de fomento ao atual regime.

Apesar das condições apresentadas que favorecem a democratização, Dahl estabelece que muitas vezes, essas condições não estão no mesmo nível de déceis/porcentagem de desenvolvimento (2015, p. 192); podendo haver índices diferentes dessas variáveis. Porém, é aferível que se tem diversas variáveis diretamente relacionadas a um objetivo comum, quanto mais equânimes, mais equilíbrio e desenvolvimento se terá no resultado, que no caso, é a democratização²⁵.

Vale ressaltar ainda, que em sua mais recente obra, *A Democracia e Seus Críticos*, Dahl faz um retrocesso sobre as transições pelas quais a democracia passou, expondo que a primeira ocorreu na Grécia, com a ideia de um governo de muitos. Que a segunda transição reflete a ideia de Estado nacional, a qual, por sua vez, já está obsoleta em vista de alguns grupos de interesses ainda terem restado à margem da participação inclusiva, pois “a desigualdade entre os cidadãos é um problema grave e persistente em todos os países democráticos”²⁶ (DAHL, 2012, p. 531). Assim, estar-se-ia caminhando para uma terceira transição.

²⁴ “As perspectivas para a democracia estável num país são melhores quando seus cidadãos e seus líderes apoiam vigorosamente as práticas, as ideias e os valores democráticos. O apoio mais confiável surge quando essas convicções e predisposições estão incrustadas na cultura do país e são transmitidas, em boa parte, de uma geração para outra. Em outras palavras, quando o país possui uma cultura democrática” (2001, p. 175).

²⁵ “[...] em primeiro lugar, um país dotado de todas essas cinco principais condições terá praticamente a certeza de desenvolver e manter as instituições democráticas. Em segundo lugar, é muitíssimo improvável que um país onde essas condições estejam ausentes desenvolva as instituições democráticas ou, se o conseguir, que as mantenha. E um país em que as condições são mistas – algumas favoráveis, outras desfavoráveis? ” O autor, para responder a última indagação, utiliza a democracia existente na Índia, e conclui: “Num país em que estejam ausentes uma ou diversas, mas não todas as cinco condições favoráveis à democracia, a democracia é duvidosa, talvez improvável!” (DAHL, 2001, pp. 175-180). Mas o autor acrescenta, que não seria impossível de acontecer.

²⁶ Dahl estabelece que segundo os doutrinadores as principais causas dessas desigualdades decorrem pela discrepâncias de recursos econômicos entre os cidadãos, porém ele vai mais além disso, asseverando que “as perceptivas da democracia a longo prazo são ameaçadas mais seriamente pelas desigualdades nos recursos, posições estratégicas e poder de barganha advindos não da riqueza

Essa terceira transição é representada especialmente pela necessidade da lógica da igualdade política, a qual respeita e fomenta as dimensões democráticas já tratadas. Porém ela é buscada constantemente já que a sua forma ideal não se concebe de fato, e para se atingir cada vez mais essa igualdade, Dahl traz a teoria de Platão e seu respeito aos intelectuais, pois para mitigar as desigualdades políticas, uma importante variável era o conhecimento especializado, pois ensinaria em hegemonia cultural intelectual, permitindo maior igualdade participativa entre os cidadãos²⁷. Assim, os principais nichos onde esses intelectuais se localizariam nos países democráticos, seriam nas burocracias públicas, como no Poder Executivo, Poder Legislativo, Partido Políticos, em universidades, nos centros de pesquisa, na mídia, em empresas, nos sindicatos etc. Sendo ainda, os mais importantes, aqueles responsáveis pela organização, efetivação e promoção de políticas públicas. Esses intelectuais políticos devem ter interesses não voltados para um grupo específico, mas sim relevar a heterogeneidade social. Não obstante, em vista da complexidade das sociedades modernas nem sempre a ideia de promoção de interesses resta como se idealiza.

Assim, anseia-se cada vez mais por modos que reduzam os impactos da pluralidade e complexidade social, tanto que já se evoluiu de um sistema de democracia direta para a indireta, posto a impossibilidade de manifestação nas assembleias de todos os interessados, bem como pela impossibilidade dos debates de todos os temas necessários. Logo, instituições com seus respectivos funcionários foram idealizados para a concreção de uma democracia representativa. Contudo, ainda hoje a constante especialização dessas instituições e funcionários se faz

ou da posição econômica, e sim do conhecimento especializado” (DAHL, 2012, p. 532)

²⁷ Nessa ideia, lembre-se as crenças dos ativistas políticos e a disseminação da cultura democrática já tratadas nas obras: Poliarquia e Sobre a Democracia. Bem como, atente-se para a seguinte passagem do livro Democracia e seus críticos: “Creio, não obstante, que um observador contemporâneo encontraria fortes sinais da importância

dos intelectuais na formação de atitudes, crenças e valores. Graças à sua influência sobre as instituições educacionais e a mídia, ao conteúdo da agenda pública e seu senso de prioridades, às políticas e programas fornecidos aos governos e oposições, às ideias consideradas intelectualmente respeitáveis e que precisam ser levadas a sério, seja em apoio sejam em oposição ao status quo, e de muitas outras formas, os intelectuais representam um papel proeminente nos países democráticos modernos” (DAHL, 2012, p. 533).

imprescindível para a busca da igualdade política, conseqüentemente, para a potencialização democrática. Essa especialização, por sua vez, não significa uma guardiandia, isto é, que a tomada de decisão deve passar do povo para um grupo de intelectuais políticos visto esses estarem em uma posição especial. Se assim o fosse, a especialidade poderia ser um fator contrário ao desenvolvimento democrático, já que se apenas a um grupo é dado a legitimidade para ser autoridade e tomar decisões democráticas, ao povo restaria a falta de participação.

Na verdade, essa evolução institucional é vista através de uma abertura institucional que permita ao povo manifestar todos os seus interesses para que sejam considerados dentro da definição dos contornos democráticos de um país.

Nesse sentido, Dahl expõe:

As decisões sobre as questões públicas - sejam elas as armas nucleares, a pobreza, o seguro social, a saúde ou outras questões como as que mencionei anteriormente - exigem (implícita ou explicitamente) juízos morais e instrumentais. Essas decisões não são, nem podem ser, decisões estritamente sobre os fins, tampouco são ou podem ser decisões estritamente sobre os meios. Não é possível defender a tese de que as elites políticas (reais ou supostas) possuem um conhecimento moral superior, tampouco, mais especificamente, um conhecimento superior do que constitui o bem comum. Com efeito, temos motivos para crer que a especialização, que é a própria base para a influência das elites das políticas, pode ser exatamente o que prejudica a sua capacidade de fazer juízos morais. Da mesma forma, precisamente porque o conhecimento das elites políticas é especializado, ele tende a oferecer uma base restrita demais para os juízos instrumentais necessários para um curso de ação política inteligente (2012, p. 539).

Assim, principalmente quando se trata de decisões complexas, probabilidades, resultados, riscos e objetivos devem ser analisados, e se esse encargo ficar apenas a cabo das elites políticas, apenas seus próprios interesses estreitos podem sair sobrepostos, pois “quanto mais livres elas são do escrutínio e do juízo públicos, mais elas parecem ser corrompidas

(não necessariamente em nível pecuniário) pelas tentações familiares do poder” (DAHL, 2012, p. 540)

Apesar de favorecer a cognição intelectual como importante para o desenvolvimento democrático, Dahl alerta para riscos que isso pode ensejar, com um governo de guardiões. Então, para contornar tais temeridades, o autor ratifica que ao povo cabe as decisões democráticas²⁸. Logo, este tem que ter meios para participar das decisões e vigiar tais elites, assim, reduzir-se-ia o abismo entre o conhecimento das elites políticas e o conhecimento dos cidadãos comuns. Para tanto, propõe, dentro de um desenho de uma democracia republicana representativa numa sociedade complexa e contemporânea, que essa participação e acompanhamento das atividades políticas somente seriam tecnicamente possíveis, através das telecomunicações, pois assim era provável

[...] garantir que a informação sobre a agenda política, apropriada no nível e na forma e apresentada como um reflexo preciso do melhor conhecimento disponível seja fácil e universalmente acessível a todos os cidadãos; criar oportunidades facilmente disponíveis e universalmente acessíveis para todos os cidadãos; influenciar os temas sobre os quais a informação acima está disponível; e participar de um modo pertinente das discussões políticas (DAHL, 2012, p. 541).

Desse modo, as telecomunicações favoreceriam tanto o conhecimento e o acesso à informação, como a participação, a qual se torna legítima quando manifestada através do conhecimento, pois nada adiantaria a participação sem a sapiência do assunto para possibilitar a discussão²⁹. Contudo, sabe-se que cada cidadão não teria como ser

²⁸ A importância do processo democrático para Dahl serve para impedir um governo de guardiões (elites especializadas). Dessa forma, assevera: “Se o processo democrático não estiver firmemente ancorado nos juízos do *demós*, o sistema continuará a caminhar em direção à quase guardiania. Se a âncora for firme, esse movimento cessará” (DAHL, , p. 540).

²⁹ Aqui o autor faz um alerta para a possibilidade das telecomunicações serem utilizadas para prejudicar o processo democrático já que elites políticas poderiam utilizá-las para difundir mais ainda seus próprios interesses. Acrescentando, que para o fomento democrático diversas posturas são imprescindíveis, especialmente de país para país, assim, uma ideia viável é o respeito ao pluralismo e a

informado e ser ativo em todas as questões importantes (tanto que se vive uma democracia representativa), mas se intenta “uma massa crítica de cidadãos bem informados, numerosos e ativos o suficiente para ancorar o processo, um público atento” (DAHL, 2012, p. 543).

Para então possibilitar que haja esses grupos ou massas informadas e capazes de influenciar nas decisões, Dahl cria a ideia de *minipopulos*, o qual se caracterizaria através de um grupo de mil cidadãos que deliberariam sobre um conteúdo específico e por um determinado espaço de tempo (um ano). Para efetivação da reunião, as telecomunicações seriam o instrumento. Esses grupos não se restringiriam a um apenas, diversos *minipopulus*³⁰ poderiam existir, conforme a quantidade de matérias de “importância vital” constante nas agendas políticas.

Por fim, não se pretende que esses grupos substituam o Poder Legislativo. Para Dahl (2012), eles seriam apenas formas para complementar o debate público, o qual ainda pode continuar se desenvolvendo a partir de novas propostas. Essa adição às instituições democráticas, serve para fomentar e desenvolver o regime democrático, cujas bases estruturais evoluem cotidianamente com a complexidade social. Não teria, portanto, como manter as mesmas diretrizes de seus antecessores, pois, se os sucessores necessitam lidar com circunstâncias diversas e conflitivas, os meios para manter o regime, também necessitam ser complementados ou modificados, e o autogoverno é a solução, conforme se corrobora no item a seguir.

2.1.2 Autogoverno como método de resolução de conflitos

A existência de conflitos na sociedade e a busca pelo acordo e paz social incentiva/fomenta as mais diversas formas e métodos para fins de atingir referida pacificação. Notadamente, o regime democrático, segundo Adam Przeworski, como um autogoverno, é uma prodigiosa criação, posto que, mesmo com algumas discrepâncias (em especial, das atuais democracias representativas) é glorioso ter um regime que

possibilidade de que as diversas associações também tenham como expor seus pontos de vista (DAHL, 2012, p. 542-543).

³⁰ Poderiam existir a nível local, estadual e nacional. [Nesses grupos] “A ele poderiam comparecer - novamente por meio das telecomunicações – um comitê consultivo de acadêmicos e especialistas e uma equipe administrativa. O *minipopulus* poderia fazer reuniões, encomendar pesquisas e participar de debates e discussões” (DAHL, 2012, p. 544).

possibilita a pacificação social através da resolução de conflitos oriundos de diferentes visões, valores e interesses³¹.

Para fins de se definir o regime democrático como um solucionador de conflitos, Przeworski faz o seguinte questionamento:

Como, então, conseguimos processar conflitos em paz sem restringir a liberdade política, confiando em procedimentos que indicam qual o interesse, valores ou ambições que devem prevalecer em determinado momento? (PRZEWORSKI, 2011, pp. 168-169)

A consideração da pluralidade de grupos e a possibilidade da sua cooperação através de um governante eleito indiretamente pela escolha popular, possibilita a governança mesmo com grupos de oposição, pois, segundo o autor “nós agora acreditamos que a oposição política pode de fato melhorar a qualidade das eleições coletivas” (PRZEWORSKI, 2011, p. 172).

Nessa perspectiva, Przeworski retoricamente indaga como entender que indivíduos aceitem determinadas leis, se estas podem ir contra interesses próprios. E a resposta é o autogoverno, já que mecanismos democráticos podem possibilitar esse status³². Assim, para o autor, alguns mecanismos são essenciais para se entender que a democracia é um solucionador de conflitos. O primeiro, seriam as eleições livres, justas e coletivas como uma das instituições ou critérios determinantes, conforme também já asseverado por Dahl. Desse modo, nas palavras de Przeworski (2001, p. 172):

E o mais importante, nós percebemos, que a escolha de governantes através das eleições

³¹ “A democracia é uma iniciativa milagrosa. Mesmo que a vida cotidiana de democracias reais existentes nem sempre seja um espetáculo inspirador, não devemos perder de vista o privilégio de sermos livres para lutar pacificamente para melhorar o mundo de acordo com nossas visões, valores e interesses divergentes” (PRZEWORSKI, 2011, p. 180).

³² “O que implica em uma lei, que não foi aprovada por unanimidade, é submissão das pessoas a uma opinião que não é da sua parte ou a uma decisão que considerem contrária ao interesse delas. No entanto, de alguma forma, nós a toleramos” (PRZEWORSKI, 2011, p. 173).

competitivas é a única maneira de fomentar a liberdade política em uma sociedade dividida³³.

O mecanismo das eleições nem sempre promove os interesses de todos, sempre haverá os ganhadores e perdedores. Dessa forma, pode-se pensar: quais os melhores custos, tentar retomar o poder pela força ou esperar pelo mesmo procedimento através de novas eleições dali a quatro anos? O menos custoso seria esperar por novas eleições. Como já asseverado por Dahl, os custos de tolerância seriam menores que os custos de supressão, notadamente em virtude de procedimentos de alternância do poder através das eleições, as quais “são a sirene da democracia” (PRZEWORSKI, 2011, p. 173).

Outro mecanismo é saber como nos períodos entre as eleições se mantém a paz e a liberdade, já que não se pode imaginar que a política do partido que restou vencedor agradará a todos. Explica, por sua vez que não necessariamente a oposição se consubstancia nas minorias, já que a democracia estabelece os governantes e os governados e não os opositores. Essa pacificação é ensejada a partir de algumas circunstâncias impostas aos titulares dos cargos, como a antecipação de suas políticas públicas, a fim de se possibilitar uma *accountability*; recursos institucionais para que a oposição possa parar determinada ação ilegítima e se opor ao governo; bem como que o receito de golpe, acaba por impor aos titulares dos cargos o atendimento às demandas opositoristas (PRZEWORSKI, 2011, pp. 176-177)³⁴.

Dessa forma, conflitos conseguem ser processados para manter a liberdade política quando os perdedores aceitam sua derrota, especialmente porque esse custo seria menor que implantar uma guerra civil. Além do mais, o desenvolvimento econômico influencia essa manutenção, sendo necessário se desenhar instituições democráticas que

³³ O autor faz uma ressalva, nem sempre as eleições serão mecanismos essenciais em toda e qualquer condição, havendo prevalência na sociedade mais desenvolvida e com maior índice de renda, posto que lutar seria mais custoso. Diferentemente do que pode ocorrer nas mais pobres (PRZEWORSKI, 2011, p. 175).

³⁴ Interessante a afirmação de Adam Pzeworski que Hans Kelsen foi o primeiro a pensar a democracia como um sistema de processar os conflitos. Para este último, o principal mecanismo para a manutenção da democracia eram as concessões que maioria fazia às minorias. Aquela teria limites naturais e ambas, para se entenderem, elas precisariam concordar uma com a outra (PRZEWORSKI, 2011, p. 178).

permitam controlar o uso da violência especialmente nas sociedades mais pobres (PRZEWORSKI, 2011, pp. 178-179). Nesse sentido é que se demonstra a necessidade de padronização de mecanismos a serem respeitados por tais instituições, pois a existência de conflitos é inerente a vida em sociedade, logo, a capacidade institucional democrática é que promove a paz e convivência harmônica na sociedade³⁵.

2.2 ESTADO DE DIREITO E CONSTITUCIONALISMO

O engendramento do fenômeno constitucional remete ao século XVIII, a partir do momento em que o poder passou a ser limitado através de normas a fim de proporcionar o desenvolvimento de interesses de determinadas elites organizadas³⁶ com a cooperação popular. Essa limitação paradoxal que ensejou(a) em(no) desenvolvimento democrático e respeito às normas de organização e aquisição de direitos fundamentais, consubstanciou-se, formalmente, nas constituições americana, francesa e inglesa.

Segundo Canotilho (1999, p. 47), “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. O surgimento do constitucionalismo o qual é imanente ao Estado de Direito, bem como seus alicerces e paradoxos para com a democracia serão expostos na seção seguinte.

2.2.1 O germinal da constitucionalização

³⁵ “Nenhuma ordem é completamente pacífica, então alguma quantidade de repressão é realmente presente, mesmo quando a paz prevalece. Que um país é pacífico não significa que não haja violência. No entanto, a capacidade de qualquer estrutura institucional para regular conflitos depende dos resultados contrafactuais de confrontações violentas. Para entender a Paz, precisamos saber o que teria acontecido em uma guerra” (PRZEWORSKI, 2011, p. 180).

³⁶ “Mas para a teoria constitucional, a começar pelos escritos antigos sobre o regime misto, a razão mais “democrática” pela qual elites provaram estar dispostas a impor limites em si mesmas é que tais limites contribuem para mobilizar a cooperação voluntária das não elites na perseguição dos objetivos mais visados pelas elites, especialmente tributação e vitória na guerra, mas também colheita de informações e a correção a tempo de potenciais erros fatais de julgamento” (HOLMES, 2014, p. 579).

Essa garantia de direitos³⁷ proporcionada pelo constitucionalismo deveria ser materializada através de um documento cunhado por Constituição.

Na Inglaterra, remonta desde o século XIII as primeiras normas que restringiam o poder do rei, à época, João Sem Terra, através da Magna Carta, a qual também protegia, alguns direitos de seus súditos³⁸. Ocorre que, formalmente, o constitucionalismo inglês data de 1688, com a Revolução Gloriosa, pois se teria um poder constituinte autêntico. A *common law*³⁹ é o sistema que mais caracteriza a produção legislativa inglesa, uma vez que os julgamentos ensejavam em precedentes⁴⁰ que fundamentam as decisões posteriores. Atualmente, as principais normas decorrentes dos precedentes foram organizadas na *law reports* e leis originárias do parlamento (STRECK, 2013, p. 358 e 366).

Da obrigatoriedade do respeito aos precedentes na Inglaterra, Jauregui *apud* Streck, indaga como pode haver evolução legislativa se há a imposição de seguir precedentes já consolidados? O próprio interlocutor responde: há possibilidade do *override*, que seria a modificação de decisões anteriores, como também é possível mudança de decisões

³⁷ “Um texto constitucional luta para prender uma forma de governo (uma república presidencialista ou parlamentar, unitária ou federativa), os limites do governo (direitos invioláveis e imunidades), e os objetivos que o governo recebeu para atuar (assegurar tranquilidade doméstica, garantir a defesa comum, e promover o bem-estar geral)” (HOLMES, 2014, p. 577).

³⁸ A Magna Carta, juntamente com o *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* são as primeiras normas que engendram os direitos fundamentais da modernidade.

³⁹ O direito inglês pode ser sistematizado em 4 períodos: i) momento anterior à conquista normanda ocorrida em 1066; ii) A partir da dinastia Tudor (1485), com formação da *common law*, baseada em costumes, germinando a ideia de precedente. Com isso, as decisões dos magistrados passaram a ser reduzidas a termo e foram chamadas de anuários, que posteriormente seriam os *law reports*; iii) O terceiro período se consubstanciou de 1485-1832, período que vale destacar o instituto de *equity*, recurso destinado à autoridade real pela injustiça nos julgamentos concretos pelos *common law*; iv) Já o quarto período (1873) é marcado pelo *Judicature Act*, que uniu as normas da *common law* com a *equity*. A partir desse ato foi produzido um código procedimental, chamado White Book (STRECK, 2013, pp. 351-352).

⁴⁰ Também conhecida como doutrina *stare decisis* e *case law*. A essencialidade da decisão é baseada substancialmente em um princípio, trazendo a ideia de *ratio decidendi* (STRECK, 2013, p. 359).

inferiores pelos tribunais superiores⁴¹. Ademais, ainda se possibilitaria o desenvolvimento das leis porque mudanças legislativas nas regras eram/são permitidas (STRECK, 2013, p. 360). Segundo Sartori (1962, p. 855), não se pode afirmar que o constitucionalismo inglês não era escrito, na verdade, era não codificado, visto que não havia um documento único para estabelecer normas de limitação de poder e respeito às liberdades individuais, porém haviam atos e leis que consubstanciavam essas limitações e garantias.

Um eminente constitucionalista inglês foi Edward Coke (1552-1634) o qual, antes mesmo da Revolução Gloriosa, já se contrapunha ao poder do rei, pois legitimava os juízes ingleses, criadores da *common law*, como donos e senhores de um direito superior ao mando real⁴². Coke, portanto, já pregava a limitação do poder através da *iurisdictio*. Ele iniciou sua tese contra as prerrogativas reais e continuou sobrepondo a decisão dos juízes contra as normas do parlamento que infringissem a *common law* (STRECK, 2013, pp. 363-364). Coke *apud* Streck:

Afirmou [...] que o rei não podia violar uma lei, mediante a expedição de ordenações, isso porque as ordenações não se encontram entre fontes do direito inglês. Mais ainda, sustentou que somente o parlamento pode fazer leis [...] que a *common law* regula e controla os atos do parlamento e as vezes os julga em todo nulos e sem eficácia, uma vez que se um ato nulo do parlamento é contrário ao direito e à razão comum, a *common law* o controla e o declarará nulo. Ou seja, ficou estabelecido que existe um direito superior à lei do parlamento: um estatuto legal tem uma validade formal quando deriva do Parlamento, uma validade substancial

⁴¹ Os quais são conhecidos como: The Senior Courts of England and Wales, formados por três organizações: High Court of Justice, Crown Court e a Court of Appeal (2013, p. 353).

⁴² Quanto à utilização de controle judicial, válido esclarecer que, David T. Ball *apud* Streck esclarece que as origens do *judicial review* não remontam originariamente do caso Marbury vs. Madison, mas na verdade, teria sofrido influência da história de limitação do poder inglês, que, através do projeto constitucional de Edward Coke (expoente do constitucionalismo inglês – 1552-1634) estabelecia que o papel dos juízes era defender a *common law* que estava acima do rei e do parlamento (STRECK, 2013, pp. 362-365). Os entendimentos de Coke eram rebatidos pelos defensores da legitimidade do Parlamento.

quando é racional; o controle do seu conteúdo corresponde aos juízes da *common law* (STRECK, 2013, pp. 364-365).

Contraopondo-se a Coke, menciona-se Thomas Hobbes e Francis Bacon que pregava o poderio do rei, porém este último “admitia que o direito inglês estava submetido a um direito natural” (STRECK, 2013, p. 363). Vale ressaltar que a doutrina de Coke prevaleceu até a Revolução Gloriosa, a qual proporcionou que o Parlamento se sobressaísse aos demais poderes. Decorre disso o argumento de que eminentemente não há controle de constitucionalidade inglês, pois “na *common law* inglesa toda regra legal está sujeita à mudança, seja por juízes, seja pelo Parlamento, mas em *ultima ratio* o que vai valer é a palavra do parlamento” (STRECK, 2013, p. 365)⁴³.

Já o constitucionalismo americano, inovador e singular por estar fora dos solos europeus, desenvolveu-se sob três pilares: a fiscalização judicial, o federalismo e o presidencialismo. Vale ressaltar que a singularidade advém também do fato dos Estados Unidos desconfiarem das imposições legislativas já advindas de seu colonizador, sendo a insurreição não para limitação do poder soberano pelo legislativo como Inglaterra e França, mas que essa restrição fosse efetivada por uma Constituinte através da instituição de normas fundamentais consubstanciadas numa lei maior, a Constituição (STRECK, 2013, pp. 371, 385-386).

O desenvolvimento oficial do constitucionalismo americano se deu a partir da Constituição de 1787, a qual destinou ao Judiciário e ao Congresso a valoração de direitos substantivos⁴⁴ e a organização federativa. Ressaltando que, a *common law* e a doutrina dos precedentes eram/são sua maior fonte do direito, já que a produção de normas pelo

⁴³ Para uma contraposição a essa superioridade do parlamento contemporaneamente ver: BALLE, José Maria Lafuente. **La judicialización de la interpretación constitucional**. Madrid: Colex, 2000, p. 155 e ss. Esse autor fundamenta a contraposição ao Parlamento através da tese de A. W. Bradley, a qual manifesta o seguinte questionamento: A soberania do Parlamento é perpetua? Para Bradley, o *European Communities Act* rompe com essa ideia de superioridade do Parlamento. (STRECK, 2013, p. 369-370).

⁴⁴ Diversas liberdades individuais foram incluídas por emendas através do *Bill of Rights*.

legislador era compreendida como atípica⁴⁵ (STRECK, 2013, pp. 372-375).

Assim, entende-se, segundo Casalini (2006, p. 265), que se passou de um governo de homens para o governo de leis. Porém, apesar da supremacia legal em detrimento de atos absolutistas, já asseverava o juiz Holmes *apud* Streck, “o primeiro requisito de uma lei correta é o de corresponder aos sentimentos reais e às exigências da comunidade, quer sejam certas, quer sejam erradas” (2013, p. 373). Isso demonstra respeito à uma norma fundamental superior, a qual se consubstancia na Constituição em detrimento de normas ordinárias.

Vale ressaltar que o posicionamento jurisdicional americano se destacou, diferentemente da Inglaterra, onde paira a supremacia parlamentar. Mesmo sendo comum a utilização da jurisprudência em ambos os países, restou que o controle, para fins de respeito às normas fundamentais americanas, caberia aos juízes, desenvolvendo a conhecida doutrina do *judicial review*⁴⁶⁴⁷.

Ocorre que, apesar das doutrinas do *stare decisis* e precedentes⁴⁸ terem força para consolidar a fonte básica da criação do direito estadunidense, segundo Laurence Tribe (2000), essa possibilidade de criação jurisprudencial esbarra nas fronteiras da Constituição, necessitando, pois, de uma correlação entre a exegese dada e o texto constitucional⁴⁹.

⁴⁵ Streck aduz que, quando inexistente precedente para fundamentar um caso novo, usa-se nos EUA a expressão “*there is no law on the point*”. E essa expressão é utilizada mesmo que haja um ato/lei que preveja a situação sob discussão naquele momento (STRECK, 2013, p. 375).

⁴⁶ Ver nota 42.

⁴⁷ Inclusive, além das origens do controle de constitucionalidade se remontarem à Inglaterra, com Edward Coke (nota de rodapé 42), esclarece-se ainda que antes mesmo de *Marbury v. Madison* (1803), com a Convenção de 1787, no comentário de Hamilton, já se propugnava o controle que deveria se averiguar perante às normas da Constituição, e que esse controle se daria pela interpretação dos tribunais (STRECK, 2013, p. 387).

⁴⁸ Iturralde V. Sesma estabelece a sistemática do Precedente: i) Tribunais (federais e estaduais) se vinculam à decisão da Suprema Corte, porém esta não estaria vinculada a sua própria decisão; ii) A decisão de um Tribunal Federal pode influenciar o estadual, porém, não é obrigatório; iii) Para Tribunais Federais do mesmo grau, pode ocorrer, mas não que se fale em obrigatoriedade de seguir o precedente do outro tribunal (1995, p. 154).

⁴⁹ “[...] Constituição como lei dura, lei escrita em letras maiúsculas [lei], lei que significa lei confiável [...] mas se a constituição predomina porque é lei, sua

Dessa forma, tem-se que historicamente a fonte do direito dos EUA emergiu das decisões jurisprudenciais, por outro lado, sabe-se que os estatutos legais⁵⁰ que foram construídos a partir daquelas interpretações, hoje têm força e devem ser aplicados, notadamente pela instituição tripartite de poderes.

É por isso que, em situações nas quais os tribunais enfrentam a dissonância entre a força legislativa ou uma possível interpretação que geraria uma criação jurisprudencial (um precedente), seria necessário, pois, que os tribunais seguissem sua função de interpretar e aplicar a legislação, conforme asseverado por Streck, citando um professor da Faculdade de Nova York,

[...] o tribunal deve ser fiel aos propósitos e política legislativa. O juiz não pode se olvidar de que o governo comporta três poderes e que, ao decidir o processo, ele está cumprindo uma responsabilidade institucional da Corte (STRECK, 2013, p. 383).

Entretanto, o imbróglgio do instituto do controle de constitucionalidade dos EUA nos traz diversas discussões, críticas e teorias de legitimidade, passando por grandes fases. A primeira (de 1789 a fins do século XIX), na qual os juízes presavam pela manutenção da unidade dos estados, através da fiscalização de normas para com o texto constitucional, sem prevalecerem suas vontades; A segunda (1890 a 1937), apesar de pairar nos julgamentos a proteção à ordem liberal, já começa a demonstrar julgamentos que representam interesses dos próprios juízes já que controlam normas que não claramente contrariam as normas constitucionais, como no exemplo do caso *Lockner v. New York*⁵¹, onde o governo ficou impedido de estipular horários para o funcionamento de padarias, retirando a validade de uma lei que pudesse

interpretação deve ser limitada pelos valores do Estado de Direito, o que significa que os tribunais devem interpretá-la através de um processo de raciocínio que seja replicável, que permanece bastante estável, e isso é consistente. (TRIBE, 2000, p. 82)

⁵⁰ Para mais sobre a força de estatutos e a *common law*, ver: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 383-384.

⁵¹ Para fundamentar sua decisão a Corte assentou a propriedade como direito natural, que seria condizente com as normas constitucionais (STRECK, 2013, p. 393).

intervir na economia. Segundo Wolfe (1994, pp. 4-5): “isso demonstrou mais uma questão de vontade – ou de legislação – da Corte do que propriamente de julgamento e interpretação”; Já a terceira fase (a partir de 1937)⁵² ratifica o protagonismo judicial. Ran Hirschl (2004) a identificou como *juristocracy*, e demonstrou que ocorreu em quase todo mundo e não apenas nos EUA.

Por sua vez, mencione-se que o controle de constitucionalidade estadunidense na terceira fase difere dos intentos do juiz Marshall em 1803, uma vez naquela fase o poder judiciário ser entendido como participante na tomada de decisão por fiscalizar a consonância das normas com o texto constitucional, respeitando a estrutura do sistema político adotado. Na fase final desta etapa, entende-se que o poder judiciário passou a ter superioridade em relação aos legitimados políticos, praticando um verdadeiro veto judicial (STRECK, 2013, pp.395-398).

Dessa forma, pode-se dizer que o constitucionalismo americano foi uma oposição ao absolutismo (STRECK, 2013, p. 362), por ilhar normas limítrofes ao abuso de poder, as quais estabelecem a organização funcional e controle do governo a fim de equilibrar as funções decorrentes da soberania, bem como estatui os direitos fundamentais dos indivíduos, tudo através de uma Constituição. Porém, esses mesmos limites, por vezes, podem ser desrespeitados pelas próprias instituições que representam os donos do poder, o povo, por conta disso surge a necessidade do controle.

Outro país que historicamente foi determinante para a história do constitucionalismo foi a França, onde a impossibilidade de manutenção da monarquia devido a exploração exacerbada da classe burguesa – que detinham o poderio econômico, porém não o poder político – bem como sobre o operariado, culminou na revolução de 1789, trazendo a abolição de privilégios da nobreza e do clero e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cujo conteúdo prezava pelos direitos naturais e inerentes ao indivíduo, os quais deveriam ser averiguados por todos. Nessa perspectiva, “a reivindicação de uma Constituição embasava-se exatamente na tese de que o contrato social encontra sua explicação na Constituição”. Determinante, portanto, para o constitucionalismo francês

⁵² Lembrar do New Deal e do intento de Roosevelt em modificar a Corte Constitucional já que os interesses dos juízes eram voltados para não intervenção estatal. Porém, após a mobilização social e por receio de retaliações, os membros do Tribunal e aqueles indicados pelo presidente passaram a convergir com os intuitos da política da época (STRECK, 2013, p. 394).

foi a tese contratual de Jean Jaques Rosseau e de separação dos poderes de Montesquieu. Aqui reside uma diferenciação no que toca aos EUA, uma vez que, é relevante na França o papel do parlamento em detrimento do judiciário, entendido isso porque naquela época os juízes advinham da aristocracia absolutista. Logo, já se infere a desconfiança em relação aos magistrados no que tange ao controle dos poderes políticos (STRECK, 2013, p. 401).

O conhecido brocardo francês ratifica o aduzido acima, o juiz era *la bouch de la loi*. Nesse sentido, constava na lei francesa n. 16/1790 que, caso o juiz precisasse interpretar a lei, ele deveria se dirigir ao parlamento, e os tribunais não poderiam criar regulamentos, notadamente por sua origem no antigo regime. Dessa forma, na França, o Judiciário fica fora dos legitimados a fazerem o controle de constitucionalidade. Relevante mencionar que, caso uma sentença fosse refutada por duas vezes nos tribunais e necessitasse de uma última análise, essa decisão precisaria passar pelo Legislativo antes de ir para a terceira instância. Assim, o parlamento criaria um decreto interpretativo e de esclarecimento sobre a matéria. Se o rei sancionasse o decreto, à Corte de Cassação (3ª instância) caberia sua adaptação. Nesse sentido, o “que a origem da Cassação põe de manifesto não é outra coisa senão a supremacia do parlamento e a ideia de plenitude do ordenamento, entendido como conjunto de leis escritas” (STRECK, 2013, pp. 402-403).

Posteriormente, essa Corte de Cassação, chamada na atual constituição de Conselho Constitucional⁵³, foi se modificando e passando a exercer o papel de supremo órgão do Judiciário com a função interpretativa e de correção das decisões das primeiras instâncias, podendo suas decisões ter efeito anulatório e vinculativo. Segundo Cappelletti (1984, p. 42), esse modo não distinguia em todo do que hoje entendemos sobre o controle de constitucionalidade das leis.

Vale ressaltar que, conforme art. 61 da Constituição Francesa de 1958, esse Conselho desempenhava um controle preventivo, já que as leis e obrigações internacionais deveriam passar por ele para averiguação da constitucionalidade. Ainda pelas competências da Constituição de 1958, as funções desempenhadas pelo Conselho eram restritas, geralmente para

⁵³ Segundo art. 61 da Constituição Francesa de 1958, o Conselho Constitucional é formado por 9 membros, indicados pelo Presidente da República, da Assembleia e do Senado em quantidades iguais. Não são vitalícios, têm mandato de 9 anos. Além dos membros já mencionados, fazem parte da Corte, os ex presidentes da França.

proteção do regime parlamentar e manutenção da soberania. Contudo, novas matérias, como a proteção a direitos fundamentais e liberdades públicas, passaram a ser tratadas nessa instituição.

No que tange à natureza jurídica do conselho, a doutrina por vezes varia, se órgão político ou jurisdicional, sendo este último o posicionamento majoritário. Nessa senda, Falcon *apud* Streck:

Mas também é inegável que em nenhum momento o Conselho Constitucional aborda o texto legal da mesma maneira que o fazem a Assembleia Nacional e o Senado. Com efeito, enquanto estas câmaras operam fundamentalmente com base em considerações de oportunidade (política), o Conselho faz com base em considerações exclusivamente jurídicas, devidamente motivadas, e com a única finalidade de tornar compatível o projeto ou proposição de lei com a Constituição (STRECK, 2013, p.405).

Somente com a reforma constitucional introduzida pela lei 2008-724, que acrescenta o art. 61-1 na Constituição, que o Conselho passou a desempenhar o controle repressivo de constitucionalidade⁵⁴. Uma modificação paradigmática, em vista da unicidade do controle preventivo.

Para além das origens, é importante tecer considerações acerca do conteúdo e influências constantes em normas constitucionais. Assim, o próximo tópico, estribado principalmente nas ideias de Stephen Holmes, traz análises pertinentes sobre essas normas fundamentais.

2.2.2 Constitucionalismo: restrições e favoritismos

⁵⁴ Assim dispõe o artigo 61-1: “Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo”. Tradução livre do art. 61-1 da Constituição Francesa, disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf> Acesso em 06 mai 2017.

A história do constitucionalismo reflete sobremaneira os anseios de determinadas classes da sociedade em participar das decisões políticas, com o intuito de influenciar na edição das normas de valoração de condutas, as quais regularão a vida de uma dada sociedade. Dessa forma, as constituições, ao estabelecerem limites, organização de funções políticas e direitos individuais fundamentais mínimos, refletem os anseios de determinadas camadas em afastar o absolutismo através de normas de direito fundamentais, conforme visto no desenvolvimento histórico ocorrido na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França.

Então, para condizer aos desejos das revoluções e evolução social, para um governo do povo, consubstancia-se uma constituição democrática que, para Holmes (2014, p. 577), luta para estabelecer formas de governo, limites de governo e objetivos de governabilidade. Como forma de governo, pode-se citar a república presidencialista ou parlamentar, unitária ou federativa. Como limites, o respeito a garantias individuais fundamentais. Já os objetivos, seriam a defesa e bem-estar nacional.

Interessante fazer uma retrospectiva para analisar os fundamentos do constitucionalismo, porquanto há possibilidade de se indagar, conforme se infere do texto *Constituições e Constitucionalismo* de Stephen Holmes (2014), o porquê de determinados grupos limitarem seu próprio poder ao invés de tomá-lo à força e governarem despoticamente.

Holmes esclarece que determinados grupos de interesses preferem as restrições pois assim seria menos custoso para ter o apoio dos outros grupos na aquisição de daqueles objetivos, especialmente no que tange à arrecadação e proteção quanto às invasões estrangeiras. Nas palavras do autor:

Mas para a teoria constitucional, a começar pelos escritos antigos sobre o regime misto, a razão mais democrática pela qual elites provaram estar dispostas a impor limites em si mesmas é que tais limites contribuem para mobilizar a cooperação voluntária das não elites na perseguição dos objetivos mais visados pelas elites, especialmente tributação e vitória em guerra, mas também colheita de informações e a correção a tempo de potenciais erros fatais de julgamento (HOLMES, 2014, p. 579).

Locke (2003) já deixava claro a necessidade da liberdade que o soberano deveria proporcionar aos seus súditos, já que pretendia o apoio

daqueles para a proteção do território e manutenção no poder. Portanto, a cooperação – seja à época absolutista quando reis necessitavam manter boas relações com os contribuintes, seja a partir do constitucionalismo com as repúblicas, nas quais grupos de interesses objetivavam se beneficiar mutuamente – que se dá através do acordo, paira como essencial para a manutenção no poder, além de se revestir como uma característica fomentadora da participação, uma dimensão democrática para Dahl.

Porém, para Holmes o interesse do controle constitucional ainda é antes do que uma proteção do mais fraco e enfraquecimento do mais forte. Na verdade, justifica-se mais claramente pela força dada às elites, pois elas rejeitam modelos que são contraproducentes e possibilitam a imposição de regimes mais vantajosos para si (2014, p. 580). Não deixa negar o arguido, o exemplo da utilização da classe obreira pela burguesia a fim de tomar o poder na França no século XVIII.

Destarte, apesar do constitucionalismo limitar o poder, proporcionar a divisão do mesmo e entrincheirar normas individuais fundamentais, formalmente a partir do final do século XVIII, certo é que ele demonstra, ao se analisar a realidade da vida política, um ideal de organização que constantemente está sendo buscado, já que

[...] nenhuma constituição vivenciou a promessa do constitucionalismo democrático, alinhando os interesses dos governantes e governados. E nenhuma constituição nunca protegeu todos os cidadãos (HOLMES, 2014, p. 580).

Pois mesmo com a utilização da regra da maioria que possui suas vantagens, já que demonstra a possibilidade de confecções de normas/decisões coletivas, há a problemática de não satisfazer efetivamente o interesse de todos os cidadãos. Holmes destaca ainda que interessante é se destinar às origens, e entender como normas constitucionais podem ser habilitadoras, isto é, não estão efetivamente dentro do âmbito de limitação do próprio poder, como o que ocorreu em sociedades pré-democráticas e pré-liberais (HOLMES, 2014, p. 582).

A primeira delas seria a necessidade de concessão de imunidades parlamentares, pois assim os respectivos membros do parlamento poderiam denunciar atitudes da segunda cúpula do governo falando livremente, sem sofrer retaliações e penalidades. Isso especialmente

porque era difícil para o monarca fiscalizar cada um de seus subordinados diretos⁵⁵⁵⁶.

A segunda retrospectiva que Holmes faz é ao sentido da palavra *constitutio*⁵⁷ de Cícero em Roma, destacando o significado de estabelecer algo para prosperidade. Dessa forma, a organização da república era de suma importância para manter a força do território em função de investidas militares estrangeiras. Nessa perspectiva, a *constitutio* não foi concebida apenas como limitação do poder de determinado grupo de interesse que intentava chegar e se manter no poder, mas como organização⁵⁸ para o sucesso militar através da inclusão de procedimentos de treino, disciplina e estruturas de combate. Nesse sentido,

Os lendários criadores da constituição ou Grandes Legisladores da antiguidade eram venerados como figuras religiosas não porque eles protegiam direitos da minoria, mas porque eles organizavam suas comunidades para defesa e conquista militar. [...] Hierarquia militar, formas alternativas de combate ou de ordens de batalha, princípios de comprometimento e assim por diante se incluem entre regras e papéis de uma constituição militar primitiva (HOLMES, 2014, p. 584).

Para corroborar a intenção protetiva militar como componente importante para a estruturação de um desenho constitucional, Holmes cita o caso dos Estados Unidos quando da sua fundação ao formar um pequeno

⁵⁵ A questão das imunidades parlamentares foi fundamentada em Jean Bodin, conhecido como o grande autor das limitações constitucionais a um monarca. Sobre o assunto, ver obra: BODIN, Jean. *The Six Books of a Common wealth*. Trad. De Robert Knoles. Cambridge: Harvardy University Press, 1962.

⁵⁶ Para Holmes, portanto, normas constitucionais também existem para beneficiar não necessariamente o interesse de todos, mas para enaltecer interesse de quem detém algum poder na sociedade. (2014, p. 583).

⁵⁷ Holmes explica como Maquiavel faz menção à *contituzione* no mesmo sentido que *constitutio*, para delinear um “arranjo institucional de uma república que estava frequentemente em guerra” (HOLMES, 2014, p. 585).

⁵⁸ Essa organização diz respeito à forma como foi estruturada as instituições em Roma e como isso deu força e poderio militar à cidade (Polybus *apud* Holmes, 2014, p. 584).

exército⁵⁹ para lutar contra insurreições e se aliar aos índios como forma de proteção nacional. E, ainda, o intuito maior da união dos estados serviria para se defender do abate das monarquias europeias, por isso que se entende a Constituição proposta, “entre outras coisas, um plano de disciplina unificado para coordenar estados que de outra maneira seriam militarmente inexpressivos” (HOLMES, 2014, pp. 586-587).

Saindo um pouco da questão da disciplina, treino e cooperação militares que sobrevieram como matéria constitucional, volta-se para a compreensão da limitação do poder e o motivo pelo qual ele pode ser entendido como um paradoxo⁶⁰.

Na era absolutista, pode-se falar na inclusão de normas que tratam sobre como, em situações de emergências, o poder deve ser conduzido, seja por normas de preenchimento do trono ou de como será o procedimento de sua condução. Aqui, mais uma vez, Holmes lembra o porquê de haver normas de limitação nesse sentido, já que estamos falando de um período de poder absoluto do rei. E responde que o intuito é não haver um vácuo no poder ou ensejar lutas violentas entre facções ou mesmo entre rivais de sangue⁶¹.

Entende-se que essas manobras de limitação através de procedimentos a serem seguidos, na verdade podem ser cunhadas com mais propriedade de constitucionalismo estratégico, já que seria

⁵⁹ “As constituições que eles desenharam depois de 1776, incluindo a Constituição Federal de 1787, tinham muitas funções. Mas elas pretendiam ajudar comunidades a lutar para manter fronteiras, coerência e resiliência em um mundo perigoso (HOLMES, 2014, p. 585).

⁶⁰ Um paradoxo porque não deixa de ser contraditório o fato de grupos, que têm ou potencialmente podem ter o poder, aceitarem limitações a si próprios e ainda com a crença que isso ainda os fortalecerá, e não necessariamente com o intuito de proteger direitos fundamentais individuais. As eleições periódicas são o maior exemplo de restrições imposta pelo sistema constitucional que poderia deixar margem para dúvidas na sua implantação. O fato é que conforme asseverado por Holmes “eleições periódicas mitigam a frustração da oposição oferecendo-lhe a esperança de que eles no devido tempo ingressarão no poder” (HOLMES, 2014, 587).

⁶¹ “O compromisso prévio com regras de sucessão específicas não pretendia proteger o indivíduo da fraqueza da vontade ou do impulso incontrolável, mas proteger um grupo contra a ausência de qualquer vontade corrente e, portanto, contra o impasse, a paralisia, a ruína do sistema e talvez de recorrer à violência contínua para estabelecer um herdeiro” (HOLMES, 2014, p. 590).

Um instrumento pelo qual elites políticas podem coordenar rapidamente a instalação de um novo chefe de estado antes que o corpo do último esfrie. Tais provisões certamente não são restrições ao mais poderoso para proteger o fraco. Em vez disso, elas são roteiros para ajudar o detentor do poder rapidamente coordenar um caminho para fora da crise que eles sabem que, no final, chegará, apesar de não saberem ao certo quando (HOLMES, 2014, p. 591).

Dá a influência no presidencialismo, já que constam em suas constituições normas que tratam sobre estado de emergência, bem como procedimentos para sucessão do poder⁶². Aqui, portanto, não se fala de uma limitação para proteção do fraco, mas estratégias para se coordenar uma crise. Para Holmes, “Elas não são incapacitantes, mas capacitantes. Elas não são algemas tornando ações indesejadas impossíveis, mas guias tornando ações desejadas viáveis” (HOLMES, 2014, p. 591).

Além de normas de organização militar, as de regulamentação de vácuos presidenciais e procedimentos a serem seguidos em circunstâncias de emergência, o constitucionalismo estratégico promove ainda a ideia de Montesquieu sobre a divisão dos poderes, pois se entende que um poder pode errar, necessitando de correções, e estas poderão ser feitas pelos outros poderes. Ao trazer o exemplo de Othelo, que julga e mata sua esposa Desdêmona por infidelidade, sem ouvir a versão dela da história ou qualquer testemunha, nem mesmo aceita um julgamento independentemente do seu, Holmes compara com a escusa de uma instituição de submeter a outra, uma decisão, pois longe de fazer com ela seja livre, demonstrará sua falta de controle (HOLMES, 2014, pp. 592-593).

Dessa forma, uma constituição com normas de procedimentos e competências específicas pode organizar a tomada de decisão submetendo os tomadores ao contraditório, uma vez

⁶² A vigésima quinta emenda à Constituição dos EUA exemplifica normas desse jaez, já que estabelece normas para a crise sucessória caso o cargo do presidente reste vago (Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>> Acesso em 03 jan 2017).

Que a legislatura não será infalível e que sob o império de impressões passageiras pode precipitar-se a aprovar medidas que ela mesma reprovava ao refletir mais detidamente. Uma solução a esse problema é assegurar a vários membros da elite política institucionalmente independentes examinem a questão posta a discussão de uma variedade de ângulos: Quanto mais vezes seja objeto de deliberação uma medida e maior a diversidade de situações das pessoas encarregadas de estudá-la, menor será o perigo dos erros que resultam da falta de reflexão (HOLMES, 2014, p. 592).

Montesquieu⁶³ já fundamentava a função da justiça, pois se entendia que a independência judicial poderia consolidar a função executiva, impedindo a proliferação de depoimentos e ações maldosas. Logo, como muitas vezes políticos estão acompanhados por grupos que prezem apenas interesses próprios e trazem informações errôneas, juízes treinados poderiam separar a “verdade do erro”. Nas palavras de Holmes:

O injusto assassinato da inocente esposa de Othelo é, portanto, um lembrete constante da vulnerabilidade das elites políticas quando seus poderes são unilaterais e sem controle da manipulação por aqueles que fornecem informação falsa. Reconhecidamente, ser corrigido publicamente pode atormentar a vaidade dos detentores de poder. Mas é provável que tais indivíduos poderosos caiam do despenhadeiro se eles desabilitarem os freios que podem corrigi-los" (HOLMES, 2014, p. 593).

Outra situação que fundamenta a necessidade da separação dos poderes e promove a função dos tribunais é a possibilidade das cortes se manifestarem sobre situações que não caberiam ao príncipe, já que este necessita delegar a outrem as decisões odiosas, conforme já argumentado por Maquiavel (2010, p. 110).

⁶³ *In*: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Trad. De Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Ademais, assevera Holmes ao citar os *American Framers*⁶⁴, que o trabalho em conjunto dos poderes, pode também ser entendido como um controle dado pelas próprias elites, porque sabem da inerente desonestidade que pode assolar o homem, o que poderia influir na manutenção do grupo, já que seduções externas poderiam ser mais vantajosas (2014, pp. 596-597)⁶⁵.

As questões arguidas até aqui, sobre a escalada de normas constitucionais advirem de interesses de grupos específicos e que muitas das normas que materializam o constitucionalismo podem ser entendidas não apenas como limitadoras, mas habilitadoras de governabilidade para quem detém o poder, não objetivam retirar o mérito de distinção entre “sistemas autocráticos e democráticos”. Na verdade, está-se a propagar que uma constituição ou a jornada constitucionalista pode representar mais ou menos participação de indivíduos ou grupos de indivíduos na tomada de decisões, e que, quanto maior for a possibilidade de inserção popular e aquisição de força decisiva pelos cidadãos, maior o grau de constitucionalismo e também de democracia (HOLMES, 2014, p. 597). Esta, como já ressaltado ao tratar da doutrina de Robert Dahl, é vivenciada em nível real, sempre com a busca de seu nível ideal. Assim,

Democracias desenvolvidas sempre foram e sempre permanecerão mais uma inspiração que uma realidade; mas episódios genuinamente democráticos ocorrem quando atores poderosos descobrem, como às vezes fazem, uma vantagem palpável na participação popular, na transparência do governo, na proteção das minorias e no debate sem censura (HOLMES, 2014, p. 579).

⁶⁴ *American Framers* são os fundadores da Constituição Americana. São eles: Benjamin Franklin, George Washington, Alexander Hamilton, James Madison e Jon Jay. O Trabalho referido no texto é Os Federalistas.

⁶⁵ “A insistência de Hamilton de que a separação de poderes pode garantir alguma proteção contra a corrupção estrangeira confirma, mais uma vez, o comprometimento dos *American Frames* com o constitucionalismo estratégico. Estruturas constitucionais podem ser acolhidas pelas elites políticas, mesmo na ausência de pressão popular, simplesmente para proteger os interesses da própria elite, nesse caso de funcionários desonestos que podem dolosamente trair seus companheiros de gabinete por aquela moeda de prata constantemente irresistível (HOLMES, 2014, p. 597).

A participação política, portanto, ratifica-se como dimensão constitucional e democrática, tendo sua origem remontada ao entendimento de que a limitação do poder através da divisão do poder com os cidadãos comuns proporciona a cooperação que grupos de interesses “precisam com o intuito de defender a si mesmos e seus privilégios contra a ameaça apresentada[...]” (HOLMES, 2014, p. 589). Sendo hoje, portanto, o fomento à participação e seu percentual, um termômetro para aferir o grau de democracia.

Como acima mencionado, diversas revoluções ensejam o marco formal do constitucionalismo, pois as normas isoladas de limitação governamental através de formas e estruturação de governo, bem como garantias mínimas individuais, acopladas na constituição, passaram a “ser um grito de guerra para revolucionários”. As desamarras do autoritarismo absoluto e colonizador foram possíveis através da utilização daquelas normas como diretrizes para oposição, participação e vinculação do governante. Segundo Paine *apud* Holmes, “a constituição de um país não é ato de seu governo, mas do povo que constitui seu governo”. Já Sieyès, também citado, assevera que como o governante é delegado pelo povo, ele não poderia rever, nem descumprir aquelas normas (HOLMES, 2014, p. 598).

Porém, atos dos governantes podem ser inconstitucionais, decorrendo daí a possibilidade dos sujeitos não lhe devotarem mais obediência e submissão. Inclusive, as próprias leis emitidas pelo parlamento podem discordar das normas constitucionais⁶⁶. Necessitando, assim, de um instrumento de controle de constitucionalidade no constitucionalismo.

Nesse sentido, para Holmes (2014)⁶⁷, não necessariamente a divisão de poderes é peça chave do constitucionalismo, as eleições é que são tidas como imprescindíveis e seu verdadeiro instrumento, pois governantes eleitos pelo povo têm mais probabilidade de defender o direito desse povo. Porém, apresentou implicitamente algumas dúvidas, pois tinha conhecimento das artimanhas políticas para se vencer as eleições e como governantes, mesmo submetidos a estas, acham-se superiores ao povo. Nessa perspectiva:

⁶⁶ A ideia de que leis do legislativo podem ser inconstitucionais remontam de uma obra de Bolingbroke, chamada de *Dissertation Upon Parties* de 1733-1734 (HOLMES, 2014, pp. 598-599).

⁶⁷ Referindo-se ao pensamento de James Madison em Os Federalistas.

A vontade do povo nem sempre se desenvolve autonomamente, mas é frequentemente moldada e manipulada pela disseminação de falsos rumores e outras espécies de desinformação estratégica. A *accountability* quimérica dos governantes aos governados, ademais, mesmo quando eleições frequentes são constitucionalmente exigidas, depende da vontade do eleitorado e da habilidade de colher informações a respeito dos candidatos rivais e dar a devida atenção. Nenhuma constituição, entretanto, pode fazer muito sobre a “negligência” e “ignorância” que aflige eleitores “incautos e desinteressados” (HOLMES, 2014, p. 601).

Ademais, entendeu-se que eleições sozinhas não seriam suficientes para o controle das atividades dos governantes que presem pela sua promoção em detrimento do interesse coletivo, atrelou outros mecanismos para que a *accountability* fosse mais efetiva, como a possibilidade de mútua delação entre detentores do poder nos interstícios eleitorais, aqui valorando a doutrina dos freios e contrapesos como fomentadora da fiscalização governamental. “Em tal sistema, a *accountability* periódica ao eleitorado seria suplementada entre eleições por uma forma de *peer view* por agentes delegados rivais”. Entretanto, a utilização acessória da divisão de poderes e fiscalização ainda não seria suficiente, pois interesses podem convergir e governantes conspirarem

entre si para o desenvolvimento próprio⁶⁸, segundo a teoria americana progressista⁶⁹ (HOLMES, 2014, p. 602-603).

A separação de poderes, as eleições periódicas e a fiscalização por atores políticos, não seriam mecanismos suficientes, impondo-se ainda a necessidade de controle constitucional. Nos EUA, como já visto, ele se materializa através do poder judiciário com o *judicial review*. Para Hamilton *apud* Holmes (2014), já em 1788, estabelecia-se que, como a constituição é superior às normas legislativas, os tribunais deveriam sobrelevar a primeira em detrimento dessas. James Iredell, também mencionado, manifesta que “uma República onde a lei é superior a todo e qualquer indivíduo, e a constituição superior mesmo ao Legislativo e cujos guardiões e protetores são os juízes”. Já na Inglaterra, o sistema estadunidense seria visto como anômalo, pois colocar o judiciário acima do legislativo seria “subversivo a todo o governo”. Nesse âmbito, interessante ressaltar que

Os ministros da Suprema Corte sempre foram indicados por Presidentes politicamente ligados a partidos e confirmados por Senadores politicamente ligados a partidos. Por que juízes que chegaram à Corte por tais caminhos iriam inclinar-se para interpretar generalidades libertárias e apertadas? (HOLMES, 2014, p. 606).

⁶⁸ Interessante mencionar manifestação trazida por Holmes sobre a confiança temerária de James Madison entre os membros dos poderes políticos, pois poderia haver a ligação de interesse de grupos específicos até em detrimento da coletividade. Aqui, podemos relembrar um termo utilizado muito por Lênio Luiz Streck sobre o presidencialismo de coalizão, isto é, a vinculação direta entre executivo e legislativo para angariamento de vantagens. Desse modo, ressalta-se: “Membros de poderes formalmente separados não tinham dificuldade em conspirar nos bastidores. [...] Mas, escrevendo antes do surgimento de partidos políticos, Madison já tinha total consciência de que “distribuição de nomeações” poderia servir como um “caudal de corrupção” garantindo ao executivo um poder de triunfo da integridade” do Senado. Tal compra de apoio legislativo pela generosidade do executivo era, de fato, exatamente o que Bolingbroke tinha em mente quando ele falava da dependência constitucional da Câmara dos Comuns ao patrimonialismo real” (HOLMES, 2014, p. 602).

⁶⁹ Para seus adeptos a separação de poderes poderia ser entendida como mais uma situação consubstanciada em normas constitucionais, mas que na verdade acabam por favorecer grupos de interesses e não necessariamente os anseios populares (HOLMES, 2014, p. 603)

O que se tentou demonstrar até aqui é como há assimetrias de poder na sociedade e como grupos mais bem organizados conseguem impor sobre os mais fracos e menos estruturados seus interesses através de mecanismos que utilizem a cooperação através de formas de valoração de procedimentos ao invés de guerras e golpes de estado. Sendo o direito, portanto, assim como o direito constitucional, saturado de “parcialidade e favoritismo” (HOLMES, 2014, p. 606).

Contudo, apesar de se entender também o erguimento constitucional com raízes nesses termos, não se está a arguir prejuízos ao constitucionalismo, porém que podem ser questionáveis determinados arranjos que se estabelecem (ram), especialmente no que tange aos tipos de controle que se delineiam na contemporaneidade. A questão sempre vai girar em torno de como se chegar no arranjo que trará o maior nível de participação, determinando, assim, o nível democrático das normas constitucionais e o respeito que se deve a elas, entendendo-se que o governo do povo é o mais legítimo solucionador dos conflitos sociais.

2.2.3 Constitucionalismo não democrático?

O paradoxo do poder limitado pelas próprias elites que se beneficiaram com determinadas restrições através de uma constituição cujo conteúdo traz mecanismos de governabilidade, notadamente pela cooperação entre diversos grupos, estende-se a outro paradoxo quando adentra à seara democrática, trazendo a seguinte questão: como uma constituição pode prevalecer e ser democrática para novas gerações se estas não escolheram tal arranjo e que pode ser de difícil modificação?⁷⁰

Esse suposto contrassenso entre democracia e constitucionalismo advém do fato de democracia representar o governo do povo através do entendimento da soberania popular. Já o constitucionalismo se revestiria de uma série de limitações ao poder. Então, no constitucionalismo contemporâneo, como limitar o poder se ele é do povo? Desse modo, o constitucionalismo, é democrático ou não democrático?

O fomento aos ideais de igualdade e liberdade democráticas é diretamente proporcional às possibilidades de participação e de oposição política, as quais ocorrem através de eleições e diversos mecanismos de

⁷⁰ Essa indagação é trazida por Stephen Holmes na sua obra: HOLMES, Stephen. *Constituições e constitucionalismo*. In ASENSI, Felipe; PAULA, Daniel Giotti de (orgs). **Tratado de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

controle advindo do reconhecimento do pluralismo que proporciona a intervenção de grupos contra o governo. Dessa forma é que argumenta Dahl, ao estabelecer que apenas a participação não leva à democracia, pois até mesmo o populismo poderia trazer o totalitarismo, como exemplifica com a ditadura de Perón na Argentina (Dahl, 2015). Através da sua segunda dimensão, a oposição, é que os titulares do governo poderiam ser contestados e retirados do poder. Vale lembrar dos critérios/condições trazidos por Dahl, que são exigências da democracia porque buscam efetivar as duas dimensões acima. Seriam então: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e cidadania inclusiva (DAHL, 2001, p. 99)

Essa oportunidade de oposição, segundo Monica Herman Salem Caggiano,

Demanda-se, assim, como contraponto, a livre atividade da oposição, porquanto só assim estará assegurada interveniência no cenário decisório às majorias e às minorias, estas inexpulsáveis da plataforma política em ambientes democráticos (2011, p. 10).

A utilização dos critérios/condições trazidos por Dahl se reveste de essencial importância uma vez que estabelece o que é necessário minimamente para ter e fomentar a democracia, já que as diversas outras classificações clássicas “apresentam inconsistências e incompletudes” (CAGGIANO, 2011, p. 14).

O constitucionalismo é entendido como colunas da democracia, já que possibilitou a limitação do poder através da predeterminação das competências e respeito a direitos individuais fundamentais, concedendo ao povo a oportunidade de delimitar essas linhas restritivas e a concessão de sua própria liberdade através da Constituição. Apesar da diferença entre o desenvolvimento desse fenômeno antes do/no século XVIII e após esse século, certo é que o marco formal do constitucionalismo, através especialmente das revoluções americana e francesa, foi imprescindível para o desenvolvimento democrático.

Desse modo, o constitucionalismo reforça que ao povo foi destinado o poder de limitação e estabelecimento de seus direitos, inclusive, o preâmbulo da Constituição Americana expressou que o próprio povo estabeleceu diretrizes para a defesa comum, a tranquilidade

e o seu próprio bem-estar⁷¹. Estatuindo ainda a organização dos poderes, assumindo o “marco jurídico a preordenar a atuação dos atores no cenário político, perseguindo, neste desenho, a garantia da liberdade do indivíduo no âmbito da comunidade social” (CAGGIANO, 2011, p. 15).

A avaliação do século XVIII sobre o constitucionalismo se debruça sobre as linhas supra. Contudo, o desenvolvimento daquelas normas era necessário, e retrocessos ainda ocorriam⁷². Logo, com o passar do século, garantias como pré-organização de poderes e liberdades individuais não eram suficientes para acompanhar e preservar a legitimidade do povo como os detentores do poder, pois as transformações sociais e econômicas do século XX⁷³ ensejaram a necessidade de revestimento das normas constitucionais, a fim de garantir direitos sociais, econômicos etc.

A constituição passou a ser utilizada como elemento essencial para o desenvolvimento das democracias pós conflitos bélicos sofridos pela Europa. A inserção de novas normas a serem positivadas nas constituições tentando o paralelismo entre as mudanças sociais e atualização das normas valorando a proteção dos direitos ansiados pela comunidade e o respeito à democracia, ocorre através da normatividade constitucional principiológica, pela inserção das mais diferentes matérias no texto constitucional, caracterizando a constituição como “a política, a econômica, a financeira, a monetária, a social, a previdenciária, a cultural, a do núcleo familiar e a das comunicações”. Além da efetivação do refinamento constitucionalista direcionado ao Poder Judiciário⁷⁴, já que a este, caberia a função da jurisdição constitucional, incumbência mantenedora dessas normas, especialmente através do *judicial review*. Já ao Poder Executivo e Legislativo se impunha a função de concretização das diversas normas de políticas públicas positivas e imersas no texto constitucional (CAGGIANO, 2011, p. 17).

⁷¹ Conforme consta no preâmbulo da Constituição dos EUA. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>> Acesso em 28 fev 2017.

⁷² Como exemplo de retrocessos, pode-se citar a primeira e segunda guerras mundiais.

⁷³ Destacam-se, no campo político, as ofensivas expansionistas das potências internacionais, responsáveis por suscitar conflagrações bélicas de escala mundial. Já no socioeconômico, sobreleva-se o desequilíbrio entre capital e trabalho, aguçando movimentos paredistas, avigorando o discurso socialista e ensejando em quadros conspícuos de recessão econômica.

⁷⁴ Nos países que o admitem.

Deflui-se, pois, uma inclinação à técnica de mutação constitucional, sob a alegação de acompanhamento dos textos às expectativas sociais e democráticas, a fim de que não houvesse uma petrificação constitucional que fosse perniciososa à democracia, possibilitando, por sua vez o alargamento interpretativo através de valores em detrimento da rigidez e segurança constitucional⁷⁵, especialmente em virtude da globalização e do multiculturalismo. Assim, como ficaria a segurança jurídica e o resguardo das garantias fundamentais, já que essa mecânica interpretativa pode trazer riscos sérios a esses pilares do ordenamento jurídico? Seria o abandono da rigidez para se adequar às novas formas sociais e democráticas? (CAGGIANO, 2011, p. 18)

Nesse terreno de estabelecimento de normas constitucionais, as quais foram elevadas a esse patamar através dos mais variados esforços a fim de criar uma limitação, organização e direcionamento do poder, além do respeito aos direitos fundamentais; e da necessidade de respeito ao regime democrático em virtude da constante assunção de novas gerações que se sucedem, seria possível a manutenção do constitucionalismo com a democracia, já que, se se preza pelo autogoverno, e há novas gerações, essas deveriam se governar e escolher a forma de tomada de decisões e não restarem vinculadas a um modelo desenhado por seus predecessores, pois se assim o fosse, restaria prejudicada tal forma de governabilidade.

Esse paradoxo é que Holmes vem discutir em seu texto, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*⁷⁶, trazendo diversas visões, especialmente dos *Americans Framers*, os pais da Constituição Americana. Inicia, pois, com diversos questionamentos que envolvem o paradoxo: constitucionalismo e democracia:

Na sua forma mais básica, a questão [...] é por que uma nação que baseia a legalidade no consentimento dos governados decidirá construir sua vida política através de um compromisso com um acordo original [...] deliberadamente estruturado para impedir a mudança. O problema subjacente já foi levantado de várias maneiras. Como se pode conciliar o "consentimento dos

⁷⁵ Doutrina neoconstitucional.

⁷⁶ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Tradução por Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999, pp. 39-64.

governados" com a garantia de um novo consentimento através de uma convenção constitucional? Por que um quadro constitucional, ratificado há dois séculos, exerce um poder tão enorme sobre nossas vidas atuais? Por que apenas alguns de nossos concidadãos têm poderes para evitar emendas à Constituição? A revisão judicial, quando baseada em uma lealdade supersticiosa à intenção de seus criadores, é compatível com a soberania popular? (HOLMES, 1999, p. 39).

A questão é pertinente especialmente pelo fato de se entender que se vive numa sociedade em constante modificação, bem como porque o regime aceito é o democrático. Uma das principais mudanças é o advento das novas gerações, e estas, como povo, seriam as legitimadas a impor sua própria ordem, porém, há pré-compromissos já estabelecidos em um documento rígido erigido por seus predecessores. Eis os imbrólios que germinam a questão acima exposta. Como respondê-la? Holmes (1999) opta por uma resposta inicial objetiva, isto é, retrata a importância ainda do velho constitucionalismo⁷⁷ com suas limitações, direcionamentos de poder e garantias mínimas. Depois, fundamenta sua resposta inicial através de uma retrospectiva que demonstra as desvantagens desse atamento constitucional, principalmente citando Locke, Thomas Jefferson e Paine e as vantagens trazidas especialmente por Ely Hart e James Madison, com o qual o autor corrobora.

Citando Ely Hart, a democracia é reforçada pelas restrições democráticas, que para qualquer regime, mesmo necessitando de reparações periódicas precisa respeitar condições prévias, sendo o tribunal o guardião da democracia, e, no que tange a valores substantivos, esses devem ser regulamentados e averiguados pela política, mas Holmes, ao citá-lo, assevera que ele não aprofunda historicamente sua afirmação, deixando a tensão entre constitucionalismo e democracia ainda intacto (1999, p. 42).

⁷⁷ Nesse ponto cita circunstância histórica ocorrida na Alemanha com a Constituição de Weimar, pois esta foi relegada para o povo ser regido pelas regras do novo regime autoritário (HOLMES, 1999).

Já Tom Paine⁷⁸ e Thomas Jefferson⁷⁹ também citados, arguíam: o primeiro, acerca da necessidade de consentimento dos vivos em detrimento dos acordos fechados pelos mortos, bem como enfatizou a questão sobre a evolução cognitiva quando se funda em um pré-compromisso. “A esperança de que o progresso científico derrube as crenças atuais sem mudanças transforma todos os compromissos anteriores em um absurdo epistemológico”. Segundo Locke, *apud* Holmes, a capacidade humana de aprendizado e autocorreção fazem ilegítimos certos tipos de contrato perpétuo. Mencionando Kant, estabeleceu que as novas gerações poderiam repelir tais acordo como não autorizados e criminais, já que a humanidade está constantemente em progresso (HOLMES, 1999, p. 45).

Já o segundo, prezava pela autossuficiência das gerações, o que o fez estabelecer a necessidade de renovação constitucional de 20 a 30 anos. Esses argumentos demonstravam o contraste que poderia existir entre constitucionalismo e os anseios democráticos, em vista que as gerações novas teriam que cumprir amarras estabelecidas em momentos anteriores, não possuindo a autonomia de estabelecer suas próprias regras e exercer o seu autogoverno em virtude de um esquema constitucional fixo. “Jefferson escreveu a Madison, colocando a pergunta, se uma geração de homens tem o direito de regulamentar a outra, a resposta foi um enfático não” (HOLMES, 1999, p. 43).

Holmes, esclarece que, de fato, não havia que se falar em governo de mortos, e que não há uma petrificação constitucional. Quanto à progressão social, a própria constituição traz mecanismos de revisão e emendas, mesmo que complexos, possibilitando-se a consonância com a realidade fática. Lembra ainda que Paine e Jefferson basearam seus argumentos em Locke, e que, de certa forma, este autor aceitava determinados tipos de comprometimentos, pois entendia como legítima a transmissão dos vínculos decorrente do direito de propriedade. Nesse

⁷⁸ Para ele “Cada época e geração devem ser tão livres para agir por si só, em todos os casos, como as idades e gerações vindouras” (HOLMES, 1999, p. 42). O fundamento para a existência dessa tensão decorre de seu conceito de democracia, que seria uma regra para a vida, uma regra contra o passado. Para ele, “O único consentimento que legitima qualquer forma de governo é o consentimento dos vivos” (HOLMES, 1999, p. 43).

⁷⁹ Para ele “a ideia de “perpetuidade” é moralmente repugnante, [...] nenhuma sociedade pode fazer uma constituição perpétua, nem curar uma lei perpétua” (1999, pp. 43-44). Ainda, com esses parâmetros arguia que nenhuma instituição poderia se manter se fosse para prejudicar a autossuficiência das novas gerações.

sentido Holmes traz os ensinamentos de Richard Hoocker o qual estabelece que gerações futuras conseguem conviver com normas estabelecidas por outra, uma vez que elas não foram revogadas pelos nossos ancestrais. E sejam mortos ou vivos, essas pessoas consubstanciam um povo somente. As constituições modernas podem ser qualificadas como um pacto do próprio povo e ao se impor limite, naquele momento estava impondo-se liberdade. “Em um aspecto legal, o que alguém se comprometeu consigo mesmo, livremente, pode não cumpri-lo. O que nós, o povo, nos damos a nós mesmos, nós, o povo, podemos cumpri-lo”. Outro argumento utilizado por Holmes é extraído dos ensinamentos de Bodin e Hobbes, os quais estabeleciam que uma obrigação é feita por duas partes e não por uma somente, pois ninguém se sente obrigado por si mesmo, logo, as Constituições não obrigariam os povos (HOLMES, 1999, pp. 46-47).

Já buscando em Rousseau, utiliza a máxima da obrigação a si mesmo para perpetuar sua máxima de “transformação moral e psicológica”. Pois para este, as constituições permitem ao indivíduo passar de um ser estúpido e limitado a um ser inteligente. Dessa forma, o conhecimento e força das eleições seriam essenciais para Rousseau, diferindo dos outros pensamentos que tentam fundamentar a razão do Estado na liberdade governamental (HOLMES, 1999, pp. 47-48).

Para Holmes, uma geração pode obrigar a seguinte. Ele traz a analogia de que se estabeleceu que um sucessor de um governo deve pagar a dívida de seu predecessor, desse modo, complementa ao estabelecer que realmente acordos de uma geração não poderiam obrigar outras, mas há uma exceção que é o exemplo trazido por Locke, pois quando os sucessores aceitam os legados, eles o estão aceitando o pacto tacitamente. Se isso não fosse possível, cada geração se reduziria em seu próprio grupo de interesses e as vantagens já adquiridas através do tempo não deveriam ser gozadas pelos sucessores de quem efetivamente se vinculou ao contrato (HOLMES, 1999, p. 52).

Outra forma de defender o comprometimento prévio, Holmes busca no modernismo, através de James Madison o qual realimenta a ideia de que as limitações constitucionais ensejam liberdades e não em obstruções como o arguido por Thomas Jefferson; estabeleceria, pois, capacidades e não, incapacidades. Nas palavras de Holmes:

Ao estabelecer um governo firme e energético, a Constituição que eles impuseram corrigiu essas falhas. Não limitaria apenas o poder; também criará e atribuirá poderes e, é claro, impõe uma

preocupação governamental para o bem-estar geral (HOLMES, 1999, p. 50).

Dessa forma a constituição poderia fomentar e estabilizar a democracia para que novas gerações não necessitassem se sobrepor a possíveis atos despóticos, “o compromisso prévio se justifica porque não escraviza, mas, pelo contrário, libera as gerações futuras”. No que tange à permissão e valoração de normas constitucionais não significa que o entendimento seja de uma rigidez impossível de permitir modificações. Essas seriam possíveis, porém necessitaria de um processo de emenda complexo. Além do mais, quando esse direito de emenda não é invocado, é mais uma situação que demonstra tacitamente a aceitação da ordem estabelecida pelas atuais gerações (HOLMES, 1999, p. 50-52).

Interessante trazer o que Hume *apud* Holmes concluiu: “uma geração não aparecia em cena toda ela ao mesmo tempo, como ocorre com bichos de seda e mariposas” (HOLMES, 1999, p. 53). Destarte todas as gerações estão imiscuídas umas nas outras, não se poderiam diferenciá-las em determinados espaços de tempo a fim de que pudessem cada uma reger-se por regras aceitas expressamente.

Assim, mesmo retratando um paradoxo a limitação do próprio poder, tem-se como essencial para a soberania do poder do povo, os compromissos fechados anteriormente, pois mesmo com limitações, há liberdade, especialmente em relação a movimentos autoritários já estabelecidas e ultrapassada pelas gerações anteriores (HOLMES, 1999, p. 54).

Ademais, há possibilidade de os descendentes inovarem as normas constitucionais, pois, além do mecanismo das emendas, é cabível a técnica interpretativa, a qual pode possibilitar a atualização da norma extraída daquele texto, pois as normas foram produzidas para satisfazer um grande número de interesses “conflituosos e ambíguos”. Nas palavras de Holmes:

A possibilidade de uma interpretação liberal – ou seja, imaginativa – da constituição, ainda maior do que o artigo, reconcilia a lealdade com o passado com sensibilidade ao presente. Para satisfazer interesses rivais e obter a maior parte do ópio, os participantes na convenção de diferimento incorporaram cláusulas conflitantes e ambíguas na Constituição, delegando assim poderes discricionários essenciais aos seus descendentes. Eles não tinham intenção de sacrificar a

posteridade para sua própria visão limitada (HOLMES, 1999, p. 55).

Diante disso, percebe-se que o constitucionalismo e a democracia podem convergir a um mesmo ideal, sem achar que o fato de existirem normas fundamentais pré-estabelecidas acarretaria o engessamento e proibição da tomada de decisões por outras gerações. Na verdade, facilita o desenvolvimento democrático pela segurança e capacidades trazidas pelas normas constitucionais. Ademais, essas normas contêm disposições que proporcionam a sua modificação, apesar do mecanismo complexo, bem como possuem textos que podem sofrer uma interpretação consoante o momento social vivido. O problema muitas vezes dos autores⁸⁰ que entendem pela contradição entre constitucionalismo e democracia é não analisar os efeitos benéficos da utilização de um documento fundante como capaz de albergar normas limitadoras, mas também organizacionais de poder, orientadoras de condutas e garantias fundamentais que proporcionam a liberdade e impulsionam as gerações ao ideal democrático (HOLMES, 1999, p. 56).

Como exemplo de uma norma histórica e capacitante, tem-se a separação de poderes, a qual permite uma divisão de competências para fins do governo ser eficiente e evitar a concentração deste apenas em uma instituição⁸¹. Sabe-se que outras instituições se desenvolveram para que essa distribuição de funções conseguisse abarcar os mais diversos interesses de uma sociedade complexa (HOLMES, 1999, p. 57), proporcionando, por sua vez, uma maior participação e canais de oposição ao governo, o que, segundo Dahl, incrementa e evolui o ideal democrático.

A diferenciação, portanto, entre executivo e legislativo foi ressaltada por Locke *apud* Holmes, pois essa essencialidade é refletida na segurança que o cidadão detém quando reconhece que está sendo representado por meio das leis e que o executivo está submetido a elas. Desse modo, a separação permite um sistema de freios e contrapesos que

⁸⁰ Conforme citado por Holmes (1999, p. 56): Paine e Jefferson.

⁸¹ Primeiramente, sabe-se que os reis nomeavam os juízes não como forma de limitação, mas para facilitar o desenvolvimento do trabalho do executivo através do julgamento de quem ousasse ser contrário ao Soberano, já que a ele somente caberia a dar recompensas. O argumento foi remodelado para se entender que o julgamento por juízes evitaria que a parte que restou prejudicada pelo acusado se voltasse contra o soberano, caso não fosse dado o tratamento entendido como adequado (HOLMES, 1999, pp. 57-58).

pode equilibrar o poder e contribuir para a soberania popular. Todas essas restrições, portanto, facilitam ao povo a uniformidade na tomada de decisões a fim de efetivar objetivos em comum, pois de outra maneira não se teria um autogoverno, já que sem essas balizas, interesses individuais poderiam ser postos acima do coletivo. Nessa perspectiva, para que este último possa tomar um patamar mais elevado, improvável que o homem o faça por si só. “Se não se ata suas próprias mãos, o povo não terá mãos [...] a democratização limitada serve à continuação do governo democrático” (HOLMES, 1999, p. 58-59).

Outra norma fundamental imprescindível prevista constitucionalmente, para Holmes é a possibilidade do debate público, o qual ratifica a valoração das duas dimensões da democracia, a participação política e a oposição pública. Assim, como a democracia não é a imposição da vontade da maioria, as diferenças de interesses e acordos desenvolvem as duas dimensões acima, porque ao serem efetivadas permitem que não apenas maioria, mas minorias participem das decisões. Isso porque, mesmo se a regra da maioria vier a se sobrepor, através de reivindicações e chamamento à atenção pública, minorias podem induzir o curso das políticas para seus interesses ou para o melhoramento das decisões⁸². Entre outras coisas, os criadores da Constituição desejaram garantir que qualquer que fossem as decisões que eventualmente se chegassem, sempre deveriam se sopesar as opções, ouvindo-se os contra-argumentos (HOLMES, 1999, p. 67). Eis que o constitucionalismo é democrático.

Ainda, como outra norma constitucional, cabe se tecer sobre o controle de constitucionalidade e a quem cabe executá-lo.

2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS TEORIAS DE ÚLTIMA PALAVRA

Em vista de se considerar a Constituição como marco de libertação e organização do poder, bem como instrumento para o fomento democrático, o controle de constitucionalidade vem a representar justamente o respeito que se deve ter ao documento fundante de diversas democracias quando da tomada de decisões.

⁸² "O consentimento não faz sentido sem garantias institucionais de dissidência. A soberania popular não tem sentido sem regras que organizam e permeiam o debate público" (HOLMES, 1999, p. 60).

A noção de supremacia da Constituição, enquanto princípio jurídico que atribui à Norma Fundamental uma força subordinante e a eleva à condição de legitimidade e validade de todas as normas jurídicas positivadas em um dado Estado, é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais (JÚNIOR, 2011, p. 39).

Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania (BONAVIDES, 2000, p. 267).

De fato, uma vez verificados os desdobramentos principiológicos para a noção de supremacia da Constituição, percebe-se, outrossim, que o Estado precisa desenvolver uma metodologia institucional para a garantia da própria estabilidade do ordenamento jurídico, preservando a harmonização do sistema, resguardando o seu caráter asséptico. É nesse contexto que avulta o controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais delineados pelo próprio texto constitucional. Assim assevera Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 39):

Em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.

De acordo com mencionada doutrina, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos reclama os seguintes pressupostos: a) existência de uma Constituição formal; b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental; e c) instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle.

Uma vez considerada a supremacia constitucional dentro da ordem normativa, bem como a distinção da Carta Política por meio da sua rigidez jurídica, verifica-se que se faz necessário que a própria Constituição contemple, implícita ou explicitamente, um ou mais órgãos com

competência para realizar o controle. De fato, dependendo do órgão estatal competente, o controle pode ser: a) político ou não-judicial, e b) judicial ou jurisdicional.

Em linhas gerais, no primeiro modelo, o controle da constitucionalidade das leis é exercitado por um órgão político, estranho à estrutura do Poder Judiciário ou cuja atuação não tem natureza jurisdicional. Cuida-se do modelo francês de fiscalização da constitucionalidade⁸³. Seu fundamento refere-se ao argumento de que a Constituição deve ser interpretada por órgãos com sensibilidade política, porquanto, mais do que uma simples lei, a Constituição é um projeto dinâmico de vida, que não pode ser reduzida a uma mera apreciação hierárquica. Ademais, considera-se que o controle judicial daria aos juízes o poder de recusar as deliberações majoritárias do Legislativo e do Executivo, contrariando o dogma da separação dos poderes (JÚNIOR, 2011, p. 109).

Por sua vez, o controle judicial ou jurisdicional é aquele desempenhado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário ou a ele exteriores, mas cuja atuação tem natureza jurisdicional. Defende Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 36) que o controle judicial de constitucionalidade de uma norma não é senão um caso particular de verificação de legalidade, atribuição que frequentemente é desempenhada pelo Judiciário.

Cumpra lembrar a lição de Paulo Bonavides no que tange à devida cautela para com o estudo do controle jurisdicional e a polêmica acerca de sua legitimidade democrática:

O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais. [...] Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo

⁸³ Conforme já mencionado no item acerca das origens do constitucionalismo. Apesar de ser um órgão com origem política, conforme Streck (2013), hoje se reveste como um tribunal superior do judiciário.

assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisação do princípio da separação dos poderes, com aquele juiz julgando *de legibus* e não *secundum legem*, como acontece no controle meramente forma (2000, pp. 269-270)l.

De fato, a modalidade de controle jurisdicional designa ao Poder Judiciário o mister de guardião da Norma Fundamental, materializando, assim, a chamada Jurisdição Constitucional. O modelo jurisdicional apresenta duas variantes: a) controle exercido pelos órgãos comuns que integram a estrutura do Poder Judiciário; e b) controle exercido por intermédio de Cortes especiais. O primeiro originou-se, formalmente, de criação pretoriana na Corte Suprema dos Estados Unidos da América⁸⁴, o que tornou conhecido como modelo americano. O segundo tem suas raízes na Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920, sendo fruto do projeto elaborado por Hans Kelsen, razão pela qual é qualificado de modelo austríaco (MEDINA, 2010, pp. 75-76). O modelo americano tem como consuetudinário o sistema difuso de controle da constitucionalidade, enquanto ao modelo austríaco corresponde o sistema concentrado.

Conforme anteriormente esposado, formalmente, a modalidade de controle de constitucionalidade difuso se trata de construção pretoriana dos Estados Unidos da América. Formou-se, então, o sistema da *judicial review* a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*⁸⁵, julgado em 1803,

⁸⁴ Observação para nota 42.

⁸⁵ Para um maior entendimento dos impactos produzidos pela notável decisão, cumpre-nos transcrever a síntese do caso feita por Paulo Roberto de Gouvêa Medina: “a questão, em si, era simples; os desdobramentos processuais do caso, no entanto, tornaram-no de singular importância para a história do direito constitucional. *Marbury* postulava, junto à Suprema Corte, por via de um *mandamus*, a expedição de ordem contra o Secretário de Estado Madison, do Governo Jefferson, visando a compeli-lo a entregar-lhe o título de juiz de paz do condado de Washington, distrito de Columbia, de forma a viabilizar-lhe a posse naquele cargo, para o qual fora nomeado no apagar das luzes do Governo Adams. O ato de nomeação inseria-se numa espécie de testamento político do Presidente federalista, que, derrotado, na sua sucessão, pelos republicanos, procurou preencher cargos de juizes, então vagos ou recém-criados, de modo que subsistisse, no novo governo, a influência predominante de seu partido. O

por obra do *Chief Justice* John Marshall. Consagrou-se, através do referido precedente, a consignação instrumental da supremacia da Constituição, bem como, do poder/dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Norma Fundamental. Assevera-se que a interpretação das leis é atividade específica dos juízes, irradiando, daí, a sua legitimidade.

De fato, o controle de constitucionalidade difuso é aquele realizado por qualquer juiz ou tribunal de forma incidental. Ou seja, questões de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciais “por via principal”, tratando-se de uma sindicalização através do caso concreto. No que tange ao controle concentrado, inicialmente, atenta-se para o fato de que na maior parte da Europa, notadamente por razões de índole histórica, o modelo “americano” de controle de constitucionalidade não foi adotado. De fato, até a aurora do século XX, tais Estados não haviam recepcionado a ideia de justiça constitucional (JÚNIOR, 2011, p. 77).

No que tange à legitimidade para o desenvolvimento das atividades de controle de constitucionalidade, os debates são seculares. A fim de aferir qual o poder teria essa legitimidade para dar o sentido final sobre matérias constitucionais dentro de um arranjo democrático, no próximo item, apresenta-se algumas discussões e posicionamentos, como de Carl Schmitt, Hans Kelsen, Ely Hart, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

2.3.1 O diálogo entre Schmitt e Kelsen

principal desses cargos era, aliás, o de Presidente da Suprema Corte, no qual foi investido o jurista Marshall, que, como Secretário de Estado, referendara a nomeação dos outros juízes nomeados. Impetrado o *mandamus*, em 1801, só dois anos depois, pressionada pela opinião pública, a Corte julgou o caso. E, dadas as suas repercussões políticas, suscetíveis de gerar uma crise entre dois Poderes, caso o mandato fosse deferido, o Juiz Marshall, a quem coube julgá-lo, procurou adotar uma estratégia em sua decisão que, preservando a autoridade do Tribunal, evitasse o confronto com o Presidente ou risco de que esse se recusasse a cumprir o aresto. Tal estratégia consistiu em inverter a ordem das questões, para, primeiro, enfrentando o mérito, reconhecer o direito do impetrante ao título e, depois, examinando a matéria de competência, dar pela incompetência da Suprema Corte para julgar o caso, fundado na consideração de que a Lei Judiciária de 1789, conhecida como Ato Judiciário, dispunha sobre hipótese de competência originária da Corte não prevista na Constituição, sendo, assim, nula e írrita. Dessa forma, a Corte não reconheceu do *mandamus*” (MEDINA, 2010, pp. 65-66).

A revisitação de um debate ocorrido no século XX, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt se torna pertinente porque a crise institucional que paira no cenário brasileiro emana em parte, da assunção funcional do Poder Judiciário, especialmente se caberia a este a legitimidade para estabelecer o sentido constitucional ou ter a última palavra dentro de um arranjo de três poderes. Dessa forma, a discussão e necessidade de solução para o imbróglgio contemporâneo da política e da organização constitucional impõe a retomada da cognição clássica para uma análise dos argumentos, que já há muito retratam a dificuldade acerca de quem tem efetivamente a mencionada legitimidade em um contexto democrático.

Objetivamente, a resposta inicial sobre a legitimidade de decidir questões constitucionais, para Schmitt, seria o Presidente do *Reich*, deixando essa incumbência nas mãos do Executivo, já Hans Kelsen, apoiaria a instituição de um Tribunal Constitucional para tal encargo, diferente da esfera política. Contudo, impele-se debruçar sobre o contexto histórico, bem como sobre os principais argumentos e críticas trazidos por cada um, com o intuito de avaliar premissas pertinentes à atualidade.

Carl Schmitt publica em 1929, *O Guardião da Constituição*⁸⁶, e elege o Presidente do *Reich* como o verdadeiro guardião, especialmente porque, tinha uma visão política do direito e não a forma positivada. Adotou uma postura antiliberal para escrever o referido livro, pois entendia que com a Constituição de Weimar e a instituição da república, necessitava-se de armas para manter a unidade política, em vista da existência de diferentes interesses no parlamento (MENDES, 2007).

Para isso defende o Presidente do Reich como detentor de um poder neutro⁸⁷ o que o legitimaria como o guardião da constituição e assim, não o qualificava como de forma superior, mas ao lado dos outros poderes. Se fosse o contrário, haveria um poder superior ao outro.

Fundamenta o poder do Presidente como essencial diante do pluralismo partidário do parlamento, que dificulta a manutenção da unidade política. Desse modo, Schmitt cita Naumann e conclui,

⁸⁶ Com algumas reformulações, publica-o novamente em 1931, a fim de refutar especificamente ser o Poder Judiciário o detentor da função de controle de constitucionalidade, ratificando a ideia do Presidente do *Reich*.

⁸⁷ Foi uma doutrina de Benjamin Constant utilizada por Carl Schmitt para fundamentar seus argumentos, pois o representante do Reich de comando e regulamentação, apenas função de manutenção das regras, e em caso emergenciais, ai sim desenvolveria uma atividade ativa (Schmitt, 2007, p. 200).

O direito de voto proporcional válido para a eleição do parlamento do Reich e a pluralidade dos partidos daí resultante levam ao fato de que o Primeiro-Ministro do Reich será o ministro de coalizão. Exatamente por este motivo far-se-á valer de forma especialmente intensa a necessidade por uma personalidade que tenha o todo em vista”. Nesse contexto encontra-se tanto a caracterização do presidente do reich como uma “grandeza intermediária”, um *pouvoir intermédiaire*, quanto a referência à possibilidade, que nesse íterim se tornou prática de um parlamento do Reich incapaz de atingir a maioria (2007, p. 202).

Schmitt ainda acopla a ideia de independência, a qual seria “uma função fundamental e todas as propostas de um guardião da Constituição baseiam-se na ideia de criar uma instância independente e neutra”. Essa independência do chefe de Estado era garantida pela própria Constituição de Weimar através de um mandato de sete anos e de difícil revogação, divergindo da independência judicial adquirida pela vitaliciedade, o que não impediria a proliferação de interpretações plurais que afetariam unidade política⁸⁸ (SCHMITT, 2007, p.221).

Criou, por sua vez, a ideia de estado total, que se qualificaria pela não concessão do poder político a outras esferas, pois este era unitário e concedido pelo povo ao Presidente. Ademais, fundamenta sua tese nas disposições do art. 48⁸⁹ da Constituição de Weimar, cuja redação atribuía ao Presidente o poder de editar decretos-lei, caracterizando-o como um verdadeiro legislador extraordinário. Proporcionava, portanto, a criação de leis individuais que o parlamento não poderia modificar, a suspensão de alguns direitos individuais em situação de emergência etc. Dessa

⁸⁸ “A independência dos juízes não tem, no Estado atual, de forma alguma o objetivo de criar um titular da correta volição política, mas de delimitar e garantir uma esfera da justiça vinculada à lei dentro de um ser estatal ordenado. [...] A independência judicial é tão-somente o outro lado da vinculação judicial à lei e, nesse ponto, apolítica” (Schmitt, 2007, p. 229, 231).

⁸⁹ Art. 48. Em caso de a segurança pública estar seriamente ameaçada ou perturbada, o Presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da lei e da ordem e, se necessário, usando a força armada. Na persistência da situação inicialmente citada, Ele pode suspender os direitos civis descritos nos arts. 114,115,117,118, 123,124 e 154, parcial ou integralmente” (Tradução feita por Alice Bonizzato, 2016, p. 230)

forma, Schmitt entendia que com esse poder o Presidente conseguiria manter a unidade política em detrimento de seu receio perante o parlamento e seu cunho plural⁹⁰ (BONIZZATO, 2016, pp. 229-232).

Interessante ressaltar, segundo Herrera (1994), a diferença de matrizes teóricas utilizadas por Schmitt e Kelsen no que tange à classificação constitucional⁹¹, Schmitt estabelecia que Constituição para Kelsen se qualificaria como absoluta, pois a constituição era o estado entendido como um unidade de normas jurídicas, como um dever ser. Já para o autor alemão, Constituição se qualificaria no conceito positivo, sendo a decisão do povo sobre o modo de ser do estado, e o estado se consubstancia como uma unidade política do povo. Logo, constituição seria a decisão do estado que representa a unidade do povo.

Ainda, para legitimação do Guardião, Schmitt explicita a fundamentação da Constituição de Weimar no princípio democrático⁹²,

⁹⁰ Sobre a relevância da unidade política e retaliação a dissidências plurais, Schmitt cita diversos artigos da Constituição de Weimar como fundamento para esse argumento, tais como: art. 130, que fala que os funcionários públicos são vistos como servidores na totalidade e não referente a partidos; art. 121, o qual estabelece que os deputados são representantes de todo o povo; art. 45 cuja redação enaltece que o presidente do parlamento do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e representa o Reich alemão no exterior. A utilização da totalidade da unidade política por Schmitt é para se sobrepor aos agrupamentos pluralistas da vida social e econômica, sendo aquela unidade superior a qualquer agrupamento (2007, p. 232).

⁹¹ Na referida obra, há menção a uma classificação feita por Schmitt, isto é, a constituição se classificaria em: i) absoluta, que seria a referência a um todo unitário; ii) relativa, que se consubstancia em um pluralidade de leis particulares; iii) positiva, a qual seria entendida como uma decisão sobre o modo e a forma da unidade política; iv) ideal, que expressaria um conteúdo específico. Para Schmitt então, a Constituição não se apoia em uma norma de validade, mas em uma decisão política que estabelece como dever ser a forma e o modo do ser político emanador daquela decisão (HERRERA, 1994, p.202-203)

⁹² Interessante atentar para as diferentes concepções de democracia que ensejam os fundamentos do guardião por Kelsen e Schmitt: “A concepção estatal democrática (não a liberal) tem que perseverar no axioma democrático fundamental, frequentemente mencionado, de que o Estado é uma unidade indivisível e de que a parte vencida por maioria de votos, na verdade, não é violentada nem forçada, mas apenas conduzida a sua própria vontade real. Logo, não existe nenhuma vitória por maioria de votos, mas apenas um acordo dado desde o início, sempre existente e livre de desvios errôneos mediante votação” (Schmitt, 2007, p.212).

trazendo o Presidente como um “contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder defender a unidade do povo como uma totalidade política”, um verdadeiro defensor e “guardião da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão” (2007, p. 234).

Nesse contexto de legitimação do Presidente do *Reich* como guardião da constituição, Schmitt, segundo Bonizzato (2016, pp. 234-235), desqualifica ainda os tribunais sob os seguintes argumentos: i) não seria qualificado como guardião pelo fato de examinarem lei materiais quanto sua consonância com a constituição, inclusive porque essa adequação sempre é feita a posteriori, após a instauração do litígio; ii) Questões políticas sendo decididas pela esfera judicial seria uma má compreensão do Estado de Direito, “com a consequente juridicização da política ou até mesmo, a politização da justiça”; iii) Não pelo fato de terem independência judicial, seriam mais qualificados para impedirem à obediência às leis e à Constituição. Após se delinear as principais premissas de Schmitt, passa-se a uma análise mais detida do pensamento kelseniano e suas críticas ao autor alemão.

Hans Kelsen tem origem na República Tcheca com descendência judaica. É jurista formado em Viena, Áustria, onde passou a lecionar e escrever sobre direito público. Ao assessorar o Ministro de Guerra em Viena, contribui para a edição da Constituição Austríaca de 1920, trazendo a sua grande criação que foi um Tribunal Constitucional para fazer o controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos do Legislativo e Executivo que fossem contra a Constituição. A criação Kelseniana preza pelo pluralismo político e pela separação de poderes, essências do Estado de Direito. Assim, o controle de atos legislativos e governamentais não poderiam ser feito por esses mesmos poderes⁹³, impondo-se a criação de uma Corte que pudesse manter a função política da constituição que “é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder” (KELSEN, 2003, p. 240).

Criticava veemente a ideia que o guardião da Constituição deveria ser o chefe do Executivo consoante trazido por Carl Schmitt⁹⁴, pois isso seria apenas uma ideologia com intuito de retomar as foças da monarquia

⁹³ Nesse ponto, Kelsen lembra o brocardo que ninguém pode ser juiz em causa própria (KELSEN, 2003, p. 240).

⁹⁴ Essa crítica de Kelsen veio em seu texto: *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, o qual foi uma resposta à obra *O Guardião da Constituição* de Carl Schmitt.

absoluta de outrora⁹⁵. Para isso, contrapõe a utilização do instituto do poder neutro⁹⁶ trazido por Schmitt, arguindo que este não era aferível cientificamente, visto que o Presidente desempenhava tanto funções ativas como passivas. Essa doutrina, não era cientificamente aplicável em um estado republicano, pois as funções desempenhadas diferiam do contexto da monarquia constitucional que ensejou a doutrina do poder neutro, uma vez que, segundo explicação do próprio Kelsen.

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apóia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto "passivo" é que tal poder seria "neutro". Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente "passivo" o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior - sobretudo a assinatura de tratados a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo (2003, p. 245).

Assim, Kelsen, ao verificar as competências ativas do Presidente do Reich, desqualifica o argumento de Schmitt, pois com a aceitação do Presidente como guardião da Constituição, não havia que se entender que ele estava ao lado dos outros poderes, mas sim acima. Os argumentos trazidos por Schmitt, então, apenas tentavam esconder traços ditatoriais⁹⁷.

⁹⁵ “Como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo político de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado”. (KELSEN, 2003, p. 241)

⁹⁶ Essa doutrina (o *pouvoir neutre* de Benjamin Constante) tentava manter o poder do monarca em vista da modificação da monarquia absoluta para a constitucional (KELSEN, 2003, p. 238).

⁹⁷ “Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do presidente do Reich de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como "ditadura" e que, em todo caso, segundo as expressões acima citadas, não

Pois, ao desempenhar essa função de guardião da constituição ele estaria controlando atos de seu próprio punho (poder ativo), ou seja, sendo juiz em causa própria.

Dessa forma, seriam dois os problemas para a utilização do poder neutro. Primeiro, no que tange ao período de sua idealização, estava-se numa monarquia constitucional. Já quando utilizado por Schmitt, o momento social era de uma república constitucional. Segundo, além de poderes passivos exercidos pelo monarca, o Presidente desenvolvia poderes ativos, especialmente na elaboração das leis, o que impediria que ele o controlasse a si mesmo, senão se aceitasse o retorno a um poder sem limites.

Kelsen defende a escolha de um Tribunal para controlar atos legislativos e executivos em contraponto ao argumento schmittiano de desconfiança da referida instituição. Aquele argumenta que a guarda da constituição poderia ser atribuída sim a um tribunal com função jurisdicional, tanto que era isso que os tribunais norte-americanos e alemães já faziam. Já Schmitt, duvidava se o guardião realmente desenvolvia uma atividade jurisdicional, pois para este, o que os tribunais alemães e norte-americanos faziam era não aplicar uma lei considerada inconstitucional ao caso concreto, já a constitucionalidade ou anulação de uma lei era um ato político que se distingue do jurídico. Kelsen, por sua vez, não aceita tal distinção, pois assim o exercício do poder se esvaziaria nos poderes políticos, especialmente no Legislativo. E ao Judiciário, apenas caberia a aplicação da norma. Contudo, para Kelsen, havia sim exercício de poder na atividade jurisdicional, senão a legislação não permitiria a capacidade interpretativa-criativa do Judiciário. Nesse sentido, Kelsen:

A opinião de que somente a legislação seria política - mas não a "verdadeira" jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de

é compatível com a função de um garante da Constituição” (Kelsen, 2003, p. 246).

criação do direito, e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui - ainda que em maior medida - a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa" (2003, p. 251).

Dessa forma, Kelsen acrescenta que Schmitt não faz uma definição clara de jurisdição, apenas estabelece que quem exerce essa função está a aplicar uma norma ao caso concreto em um típico caso de subsunção, que a função jurisdicional não trataria de questões polêmicas, de análise de constitucionalidade duvidosa⁹⁸. E inclui, que a diferença entre questões jurisdicionais e políticas, tão aclamada por Schmitt, na verdade não se justifica, pois entre lei e sentença não há diferença qualitativa, ambas têm caráter decisional, isto é, político.

Interessante mencionar que Kelsen já traz uma diferenciação da problemática que assola os doutrinadores constitucionais, sobre os limites da jurisdição constitucional. Primeiramente ele diferencia as problemáticas, uma coisa é quem tem a legitimidade para ser o guardião da constituição (exercer a função da jurisdição constitucional), outra seria os limites à atuação decisória de referido órgão. Essa resposta é tão quista e cara aos constitucionalistas pois ela pode ocasionar sobreposição de funções entre judiciário e parlamento. Dessa forma, traz, objetivamente, até uma sucinta resposta a esta segunda querela, estabelecendo restrições

⁹⁸ Aqui surge a crítica. Se esse fosse o entendimento, os tribunais alemães nunca estiveram diante de casos complexos, apenas situações adequadas a casos típicos específicos. Concluindo seu pensamento e citando Schmitt, Kelsen: "Toda jurisdição está ligada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e polêmicas em seu conteúdo. Basta a inversão dessa frase para trazer de volta a verdade simples e por qualquer um visível de que a justiça em geral só começa realmente quando as normas se tornam duvidosas e polêmicas em seu conteúdo, pois do contrário haveria apenas controvérsias sobre fatos, e não propriamente controvérsias jurídicas". Aqui, Kelsen apresenta que se pode até duvidar da legitimidade de um Tribunal como guardião constitucional, poderia até preferir-se o executivo ou o legislativo, "porém é impossível afirmar que a função de um tribunal constitucional não é jurisdicional quando a norma que deve aplicar tem conteúdo duvidoso, de modo que sua decisão consista na definição desse conteúdo; porque é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo da norma seja, no caso de uma lei constitucional, algo diferente do que acontece no caso de uma lei ordinária." (KELSEN, 2003, p. 254-255)

a utilização de termos vagos que possam alargar a discricionariedade dos magistrados. Nas palavras do autor:

Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras - como as disposições sobre direitos fundamentais e similares não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como "liberdade", "igualdade", "justiça", etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder - não previsto pela Constituição e altamente inoportuno - do Parlamento para uma instância externa a ele, "a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento (2003, p. 262-263).

Outro ponto criticado por Kelsen é a utilização da teoria do estado total de Schmitt e a suposta consonância com o pluralismo. Segundo o autor alemão, com a Constituição de Weimar, não havia mais a distinção entre estado e sociedade, que aquele deixou de estar acima desta e cunhou-se o autogoverno, o qual recepcionava o pluralismo em virtude da participação dos partidos (estado de partidos). Contudo, Kelsen critica ambos os termos utilizados, pois, ao se aceitar o pluralismo, necessário a participação de camadas sociais não-estatais, e a manutenção da separação entre estado e sociedade. Logo, a mudança para o estado total com o abandono do não-intervencionismo liberal, afetaria uma distinção tão cara à democracia, tornando-se assim efetivamente incompatível com o pluralismo (KELSEN, 2003, pp. 266-278).

Para Schmitt essas teorias não se alinhariam com a instituição do Tribunal Constitucional, pois a decisão constitucional dada por um tribunal que não representa a unidade do estado, infringiria o princípio do estado total. Ou seja, uma vontade não política decidiria os assuntos constitucionais do estado, porém para Kelsen, isso sim representaria o pluralismo, a participação da sociedade através da Corte Constitucional⁹⁹.

⁹⁹ "Schmitt vê o caráter pluralista da jurisdição constitucional em que ela ocorre como um processo, no qual se fazem valer "direitos subjetivos" junto à Constituição ou ao poder estatal. Interpretar isso como "dissolução do conceito de Estado" é de fato totalmente infundado. Se a Constituição de um Estado federativo habilita tanto a União como os estados a impugnar, diante de um

Por outro lado, Kelsen ainda ressalta a característica da independência do tribunal constitucional em relação aos outros poderes em detrimento do argumento da unidade do povo, que concede o poder de sua representação ao Presidente do *Reich*¹⁰⁰. Conforme Bonizzato, essa afirmação de Kelsen parte justamente de um trecho do livro o Guardião da Constituição de Carl Schmitt, pois o autor praguense alega que para a proteção constitucional haveria que se ter um legitimado diferente dos poderes existentes, para não haver a derrocada do equilíbrio dos outros poderes. De fato, como o Presidente do *Reich* representa um dos poderes constantes na Constituição de Weimar, não poderia ser o verdadeiro guardião da constituição, (2016, pp. 243-244).

tribunal constitucional central, leis estaduais ou federais contrárias às normas sobre competência, se dá poderes aos tribunais ou a outras autoridades de sublinhar a inconstitucionalidade de normas que devem aplicar, ou mesmo se lhes dá direito a uma *actio popularis* a fim de eliminar radicalmente atos inconstitucionais, não se criam com isso "direitos subjetivos", como direitos com tendência hostil ao Estado, porque hostil ao direito objetivo, mas sim no sentido jusnaturalista de direitos inatos, independentes do ordenamento objetivo do Estado e do direito, a ser respeitados por esse ordenamento, que não sejam atribuídos e portanto não sejam por ele suprimíveis. O "direito subjetivo", que não consiste em outra coisa que na legitimação processual, na possibilidade de introduzir junto a uma autoridade central um processo cujo escopo é a eliminação de um ato inconstitucional, a remoção de uma injustiça, tal direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para a garantia da ordem estatal, sendo assim justamente o oposto do que se poderia denominar a "dissolução pluralista do Estado". Do mesmo modo, poder-se-ia falar de um "estilhaçamento pluralista" da unidade do Estado a propósito da promotoria pública e da magistratura, pois no processo penal o Estado se divide em acusador e juiz" (Kelsen, 2003, pp. 273-274).

¹⁰⁰ "a solução é que o presidente do Reich seja o guardião da Constituição, pois ele, eleito por todo o povo, está destinado a "defender a unidade do povo como um todo político", atuando como "contrapeso para o pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos", tendo também a possibilidade, pela indução do referendo popular, "de se ligar diretamente a essa vontade geral do povo alemão, de atuar como guardião e defensor da unidade e integridade constitucional do povo alemão". Aqui Kelsen ressalta o caráter ideológico da teoria de Schmitt, e da ficção democrática desenvolvida, pois atribui-se ao Presidente como o representante a única vontade do povo, como se realmente essa fosse única, e se ele trabalhasse sozinho, sem a necessidade de ministros e do parlamento. Continua Kelsen a defender o tribunal constitucional que mesmo que eleições se revistam de um método democrático, não necessariamente isso caracterizaria a independência dos representantes. (Kelsen, 2003, p. 283-284).

Kelsen estabelece que Schmitt comete um equívoco ao estabelecer o Presidente do Reich como guardião da constituição, na verdade seria apenas um executor, pelo desempenho das funções estabelecidas na própria Constituição de Weimar, como “a representação no exterior, a declaração de guerra, a conclusão da paz, nomeação de funcionários, comando supremo das forças armadas”. Nessa perspectiva, então, não haveria nem que se comparar essa função como a de controle de constitucionalidade, decorrendo daí a impossibilidade de efetivamente se falar em um embate de guardiões constitucionais: o Presidente do *Reich* e o Tribunal Constitucional (Kelsen, pp. 288-289).

Kelsen ainda responde algumas críticas a sua obra, conforme sintetização feita por Bonizzato (2016, pp. 244-246). Seguem as críticas e as respostas, respectivamente: i) a ideia de um Tribunal Constitucional feriria a soberania do parlamento, Kelsen argumenta se tivesse que e relevar esse ponto, a soberania era do povo e não de uma ramo específico do poder; ii) ao decidir questões políticas, a corte adentraria nas competências dos outros poderes, Kelsen diz que o princípio de separação dos poderes traduz uma ideia de repartição de competências, mas o que deveria prevalecer era o reforço democrático; iii) a terceira já mencionada acima diz respeito se o guardião da constituição seria mesmo um tribunal; apesar de achar sem relevância o contraponto, Kelsen responde que ser um legislador negativo, retirando a validade de uma norma já é uma competência estabelecida na própria Constituição; iv) a outra crítica, feita por Schmitt, cujo conteúdo ainda se direciona às atuais doutrinas que ressaltam a legitimidade da Jurisdição Constitucional como guardião da constituição é no que diz respeito à ofensa ao regime democrático. Todavia, Kelsen contra-argumenta: isso ocorre pela forma de nomeação dos ministros da corte, e que para solucionar, nada impediria que esses membros pudessem ser eleitos (Kelsen, 2003, p. 289-290); v) outra circunstância, seria que o Tribunal Constitucional apenas faria frente ao parlamento em vista da democracia parlamentar-plebiscitária, porém, para Kelsen não apenas lei sofreria o controle, mas os atos do executivo também. Tanto que o próprio Schmitt reconhecia o Presidente como legislador em vista da edição de decretos com fundamento no art. 48 da Constituição de Weimar.

Toda essa discussão importa pela atual fase institucional que paira no cenário brasileiro, o qual recepcionou a ideia kelseniana de um tribunal constitucional para fazer o controle de constitucionalidade de quaisquer atos, legislativos ou executivos. Cabendo ao Supremo Tribunal Federal desempenhar esse papel. O grande dilema que hoje retorna com máxima proporção é até que ponto essa condição está fomentando ou não o ideal

de democracia e incitando crises dentro de um arranjo institucional como o nosso.

2.3.2 O posicionamento de Ely Hart

Após a primeira dialogia apresentada, outros autores também se aprofundam nos estudos acerca da legitimidade de uma Corte Constitucional para controlar atos dos poderes políticos, como John Ely Hart, em seu livro *Democracia e Desconfiança*. Nesta obra, o autor utiliza as vertentes nomeadas de interpretacionismo e do não interpretacionismo, argumentando que traz um terceiro olhar para o instituto do controle de constitucionalidade¹⁰¹.

Inicia estabelecendo que há uma “falsa dicotomia” que paira no constitucionalismo, referindo-se justamente às correntes acima nomeadas, pois nenhuma fomentaria e respeitaria os ideais democráticos. Assim, traz que para os interpretativistas, os intérpretes constitucionais deveriam ficar atrelados ao texto da constituição, isto é, precisavam fazer cumprir as normas explícitas daquele documento e não fazer juízo de valor sobre circunstâncias não estabelecidas claramente como matéria constitucional. Nesse sentido, o autor traz o exemplo do caso *Roe vs. Wade*, o qual, pelo Juiz Hugo Black, interpretativista puro, seria julgado improcedente (negado o pedido), pois a permissão de aborto sob algumas condições não era conteúdo expresso na constituição (HART, 2010, pp. 3-14).

As vantagens do interpretacionismo seriam duas: a segurança pela consciência da postura da Corte quando da execução do controle de constitucionalidade, já que estavam atrelados ao texto e não haveria debates sobre temas não normatizados pela Carta Constitucional; a segunda vantagem seria que essa vertente responderia a maior número de críticas em vista da contradição democrática. Já a desvantagem e o motivo do autor não aceitar tal doutrina, diz respeito ao fato do direito constitucional ser repleto de termos genéricos e imprecisos, os quais,

¹⁰¹ Para o autor, não é compatível com os pressupostos democráticos a ideia de que a um tribunal cabe a soberania para decidir valores substantivos de uma sociedade, muito menos que o parlamento, através de leis que geralmente precisam ser reformuladas, em vista das mudanças sociais, seria o mais legítimo. Desse modo, traz o controle judicial de constitucionalidade como um meio a respeitar e efetivar tais pressupostos (HART, 2010).

querendo ou não, geram discussão e debates sobre o que efetivamente deve ser tutelado.

A segunda teoria, a dos não interpretativistas, que o autor assevera ser predominante na doutrina, indica que “a Suprema Corte, para dar conteúdo às disposições abertas da Constituição, deve identificar e impor aos poderes políticos os valores que são, de acordo com uma ou outra fórmula, realmente importante ou fundamentais” (HART, 2010, p. 57). Porém, Ely recusa tal vertente¹⁰².

Apesar de entender a crítica aos interpretativistas porquanto a existência de ambiguidade nos textos constitucionais, diz que a postura criativa dos não interpretativistas poderia buscar valores não inferíveis dos textos constitucionais¹⁰³, o que feriria frontalmente o autogoverno, por juízes não submetidos a uma *accountability*.

Desse modo, propõe um terceiro modelo. Para tanto, ressalta a utilização da democracia representativa, pois seria “impraticável que os cidadãos participassem diretamente do processo legislativo”. Daí, releva que o pilar desse modelo é o voto, o qual poderia ser entendido como um medidor para eficácia governamental, visto que, se os governantes não respondessem aos propósitos do povo, este poderia reelegê-los ou não. Apesar desse valioso instrumento, a questão das minorias sempre acarreta o problema de sua representatividade¹⁰⁴. Hart então aceita que a corte

¹⁰² Pois para ele, se houvesse relevo apenas a interesses da maioria, isso poderia ser muito perigoso para os direitos individuais, porém, a possibilidade de se impor normas não escritas por juízes, também não teria como ser recepcionada por uma república democrática (HART, 2010, p.13).

¹⁰³ Aqui menciona que se poderia utilizar interesses pessoais e morais dos próprios magistrados, numa suposta ideia de respeito aos direitos naturais, tentando justificar em um conceito universal válido de princípios morais, o qual é de difícil concretização em vista de uma discordância ética absoluta. Acrescenta ainda que a conquista pelo sufrágio universal não pode simplesmente ser menosprezada para se validar valores dos juízes (HART, 2010, pp. 58-79).

¹⁰⁴ Madison *apud* Hart, estabelece duas situações para enfrentar o problema da minoria, seria a primeira e a mais aceita a criação de uma vontade independente da maioria, e a segunda forma seria a inserção na sociedade de variadas classes de cidadãos, criando a situação de que assim, dificilmente haveria que se falar em maioria. Nesse sentido “trata-se na melhor das hipóteses, de uma segurança precária, porque um poder independente da sociedade pode muito bem defender as opiniões injustas da maioria assim como os interesses justos da minoria, e poderá talvez, voltar-se contra ambos os grupos” (2010, p. 106).

pode fazer sim o controle de constitucionalidade¹⁰⁵, porém, apenas no que tange às matérias que fossem referentes à participação ou que nesse direito interviesse, “e não dos méritos substantivos da decisões políticas impugnadas” (Hart, 2010, pp. 103-104 e 244).

Isto é, haveria sim a interpretação, porém essa não poderia se fundamentar em valores dos próprios juízes, no direito natural ou na razão de uma dada classe. Na verdade, sua postura deveria ser minimamente corretiva, devendo, pois, refinar o processo de tomada de decisões democráticas¹⁰⁶. Pois, a utilização do controle de constitucionalidade pelas cortes, fomentam o respeito aos procedimentos para fins de averiguar se os representantes estão efetivamente nos representando. Assim, estariam agindo como no mercado antitrustes, ou seja, eles agiriam quando o mercado político estivesse mal sistemicamente, e não ditando resultado substantivos como o defendido pelos não interpretacionistas. Essa função reguladora é desenvolvida quando efetivamente necessária e não em qualquer circunstância em que se possa discordar das decisões do governo, pois essa discordância nem sempre significa que ele está em mal funcionamento. Nesse sentido,

Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-la, poderá destituí-la através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não

¹⁰⁵ Para isso, utiliza-se de três argumentos: i) ao se analisar as normas constitucionais, percebe-se que ela se preocupam mais com a justiça procedimental na demandas individuais e garantia de participação nos processos governamentais, ficando a valoração substantiva aos poderes políticos; ii) um controle judicial que prevaleça a participação, não é contrário a uma democracia representativa; iii) A Corte com expertise processual, bem como por estar fora do jogo político seriam melhor qualificadas para fazer o controle do que as autoridades políticas (Hart, 2010, pp. 116-117)

¹⁰⁶ Como já referido na nota acima, item ‘i’, Hart pretendeu demonstrar em seu livro que a Constituição (dos EUA) é composta eminentemente “de questões procedimentais e estruturais, e não de identificar e preservar valores específicos” [...] essas normas seriam “poucas e esparsas”. Cita, ainda, “o juiz Linde: Como carta constitutiva do Estado, a constituição não deve prever resultados legítimos – isso para que, como a nossa (ao contrário de documentos mais ideológicos, em outros países), ela possa servir a várias gerações” (2010, p. 122 e 134). Aqui surge a crítica de Dworkin a Hart, pelo fato daquele não considerar os diversos direitos substantivos existentes na Carta Constitucional.

merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos” (HART, 2010, p. 137).

Portanto, Hart legitima o controle de constitucionalidade feito pela Corte, ao lhe destinar a competência para análise dos procedimentos democráticos, deixando fora de seu campo de análise os julgamentos morais substantivos. O que o distingue dos argumentos trazidos por Ronald Dworkin, os quais serão vistos no próximo item, numa dialogia com Jeremy Waldron.

2.3.3 O debate entre Dworkin e Waldron

O Constitucionalismo contemporâneo se ocupa da reputada legitimidade do controle de constitucionalidade dentro de uma república democrática. Assim, neste tópico será trabalhado os fundamentos de Ronald Dworkin, para o qual a Corte Constitucional é o legítimo espaço para se controlar atos políticos, bem como Jeremy Waldron, cujos argumentos prezam pela autenticidade do controle pelo Parlamento.

Primeiramente, ressalte-se que a obra de Dworkin é bem vasta, não sendo objetivo deste trabalho sua exaustão ou estabelecer pontos controversos de sua doutrina. Intenta-se apenas demonstrar os principais argumentos do autor para fundamentar o papel da Jurisdição Constitucional. Passa-se à análise.

Ronald Dworkin para fundamentar a legitimidade do controle de constitucionalidade da Corte Constitucional estabelece seu entendimento sobre democracia. Para ele, democracia não se limita a ser entendida como um aglomerado de pessoas que se unem para verem efetivados seus direitos por uma decisão da maioria. Na verdade, vive-se numa democracia quando se há uma estrutura organizacional apta a dar uma resposta correta para situações de profundo caráter moral, que trata todos os indivíduos com igual consideração e respeito. Essa resposta correta, dentro do arranjo democrático contemporâneo, caberia aos juízes por

conta da maior expertise para o desempenho dessa função, por causa de seus argumentos morais e de princípios (DWORKIN, 2006, p. 52-53).

Ademais, idealmente, as leis devem ser somente aplicadas por juízes, entretanto, na prática, percebe-se textos vagos e imprecisos. Nessas circunstâncias, demanda-se do Judiciário uma atividade interpretativa mais intensa para dar a solução naquele caso, configurando-se os magistrados como verdadeiros “delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”. Para desenvolver tal função, o autor cria a ideia do juiz hércules, fazendo uma alegoria ao herói grego Hercules, filho do deus Zeus e uma humana. Assim, demonstrar-se-ia que os juízes, assim como Hércules, estavam acima dos outros humanos/poderes, já que aquele seria descendente de um Deus. Em sua teoria, objetivou identificar a competência, discernimento e inteligência desse grupo de juristas, os quais devem criar, quando da interpretação da lei, uma coesa fundamentação costumeira, principiológica e moral para justificar a aplicação ou não das normas constitucionais e legais (DWORKIN, 2002, p. 129 e 182).

Importante mencionar que a intenção de Dworkin se manifesta através de uma fundamentação que demonstre uma intenção valorativa da sociedade (moralidade comunitária ou política) e não as convicções próprias dos juízes. Estes devem tentar encontrar a única resposta certa através de fundamentação coletiva, que respeite precedentes, como um “romance em cadeia” (2006, p. 15). Nesse sentido,

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem (DWORKIN, 2002, p. 32).

Fundamentar através de uma moralidade política, não é apenas respeitar procedimentos políticos¹⁰⁷, mas sim relevar também princípios políticos morais e de justiça, demonstrando premissas que justifiquem a concessão ou não de um novo direito, utilizando nos casos difíceis, entre várias interpretações dadas, a que melhor corresponda a essa moralidade (DWORKIN, 1999, p. 293 e 306). Para o autor, a doutrina positivista é incapaz de lidar com os *hard cases*, pois esta trabalha apenas com regras, o que deixaria diversas situações sem a resposta certa. Desse modo, impera a utilização de princípios e moralidade para que se forme um material jurídico e se solucione questões difíceis¹⁰⁸. Necessitar-se-ia, pois, de uma leitura moral da Constituição, que derroca na doutrina da integridade do direito, segundo a qual o estado tem que proteger o direito moral de cada indivíduo, e como os textos constitucionais são repletos de vagueza, a referida leitura é a solução para a concessão da resposta certa exigida pela democracia.

Ademais, não há que se falar em função antidemocrática da Corte quando se fala em leitura moral da Constituição, pois esse regime não é mais ou menos respeitado por qual ator toma decisões finais no arranjo constitucional, mas sim como está se dando a interpretação das normas constitucionais, pois nessa função necessita-se promulgar um progresso moral (DWORKIN, 2002, p. 230). E mais, expõe a expertise e independência dos juízes em detrimento da constante pressão sofrida pelo parlamento por interesses específicos, estando os magistrados mais isentos e aptos a fundamentar suas decisões e proteger minorias que ficam foram do processo majoritário.

Outra ideia para fundamentar o não desrespeito à democracia, é a distinção feita entre ações coletivas estatística e comunal, a primeira caracteriza-se pela soma dos indivíduos para caracterizar uma ação democrática, já a segunda não inclui regra da maioria, mas o povo como um ente diferente da soma de cada um individualmente, assim seria

¹⁰⁷ Aqui, Dworkin difere seu propósito das intenções de quem respeita a função da Corte apenas como apta a fazer um controle político procedimental, como Ely Hart.

¹⁰⁸ Aqui é importante mencionar uma diferenciação acerca dos conceitos de Estado de Direito. Isto é, para a doutrina positivista, o Estado de Direito é visto apenas como um conjunto de regras positivadas, que o autor chama de *rulebook*. Já para Ronald Dworkin, em um Estado de Direito, além das regras, há a proteção substantiva direitos (*rights conception*), isto é, com acréscimo de questões morais e de justiça mesmo que não estejam nos textos legislativos. In: DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

entendida a democracia para Dworkin, não há que se falar em maioria, mas todos ligados por um vínculo comunitário, respeitando cada um com igual respeito e consideração, cunhando-se o que se entende por participação moral (2006, pp. 36-38).

Por fim, importante para fins desse trabalho, mencionar a possibilidade de mudança de julgamento trazida por Dworkin, ou seja, a decisão jurisdicional não imutável. Isso por alguns motivos, tais como: há grande influência da opinião pública nas decisões da Corte, assim, caso o Tribunal erre, a decisão pode ser passível de correção; se há mudança de ministros por causa de morte ou aposentadoria, a oxigenação de novos membros também pode modificar determinadas decisões (2002, p. 232). Essa modificação seria algo natural. Já quanto ao exercício de uma função contramajoritária da Corte Constitucional, as próprias premissas sobre democracia utilizadas Dworkin, não permitem a recepção dessa ideia.

Outro expoente do âmbito de discussão que envolve a legitimidade do *judicial review* e sua consonância democrática é Jeremy Waldron, o qual refuta algumas ideias de Dworkin, especialmente a que estabelece o *judicial review* como promotor da democracia¹⁰⁹. Waldron tenta avaliar se há perda democrática¹¹⁰ quando Cortes Constitucionais controlam o Legislativo, e faz isso refutando argumentos de Ronald Dworkin.

O primeiro argumento de Waldron¹¹¹ estabelece que não necessariamente a Corte julga de uma forma a considerar direitos morais individuais e fomentar o respeito e consideração a todos. Isso pode ser visto no caso *Brown v; Board Education*, onde houve a declaração de inconstitucionalidade de leis que estipulassem diferenças raciais nas escolas, exemplo inclusive usado por Dworkin. Não obstante, não há aprofundação na chamada Era Lockner, na qual o Tribunal invalidou mais de 150 leis que regulavam questões trabalhista, sobrelevando o caráter liberal do mercado. Desse modo, seria de difícil aferição a conclusão Dworkiana (2010, pp. 244-248).

¹⁰⁹ Importante deixar claro que Dworkin (1999) não assevera ser o *judicial review* uma condição para a existência de democracia, apenas diz que promove, tanto que menciona que a democracia não insiste que os juízes devam ter a palavra final, mas tampouco insiste que eles não a tenham.

¹¹⁰ Pois se existir vai de encontro aos pressupostos Dworkianos.

¹¹¹ *In*: WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. *In*: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Para os defensores da participação pública como condição democrática, o *judicial review* não é bem quisto, pois questões que fomentam discussão profunda, saem do espaço público para o âmbito de um tribunal constitucional. Destarte, Waldron rebate a ideia de Dworkin que o controle pela Corte melhora o debate. Isso porque, uma decisão emanada pela Corte, mesmo que não traga a resposta correta ou mesmo quando traz, se a matéria for de grande repercussão, incita as mais diversas manifestações, provocações, respostas da mídia, nas universidades, nas escolas, assembleias públicas etc. Nesse ponto, inclusive, Dworkin faz menção ao caso *Roe v. Wade* e assevera que as proporções de debate público sobre a constitucionalidade do aborto foi imensamente maior que qualquer tratativa dentro do legislativo. O que é combatido veemente por Waldron, pois este esclarece que no Reino Unido e Nova Zelândia há intensos debates, mesmo não existindo um controle judicial sobre o assunto. Assim, verifica-se que o debate no Estados Unidos é até mesmo empobrecido pela sua constitucionalização (2010, pp. 249-250).

Quando Dworkin tece sobre a democracia de direito fala em dois grupos, os que tratam de direitos assegurados por procedimento e o grupo de direitos que exigem uma participação moral, da comunidade como um todo, sem imposições de direitos ou cunhos éticos sobre os outros. Waldron discorda pois, mesmo reconhecendo a necessidade de respeito a direitos, não há como não haver limites numa democracia:

Então, é inapropriado que decisões tomadas pelo procedimento majoritário tenham seus limites em tais direitos? Não é razoável que se critique esta restrição em nome da democracia, pois uma democracia que não seja limitada por estes direitos não seria digna de ser considerada como tal. Tal objeção atacaria a concretização e a proteção das próprias condições que possibilitaram que a democracia fosse um ideal a ser seguido (WALDRON, 2010, p. 253).

Nesse ponto, Waldron demonstra que quando se toma decisões sobre o segundo grupo direitos, também se deve respeitar procedimentos democráticos, não basta arguir que esses direitos envolvem questões sobre a democracia e podem ser decididos de qualquer maneira com um suposto respeito à democracia. Se quem decide é um órgão com representatividade e este erra, o povo pode reconhecer o seu próprio erro,

diferentemente de um julgamento alheio ao poder do povo (2010, p. 257-258).

Outro argumento exposto por Waldron, é sobre os desacordos que há numa sociedade. Esclarece que o próprio Dworkin exige um procedimento quando há desacordo entre os cidadãos sobre algumas estruturas normativas, nesse sentido, Dworkin estabelece que a melhor solução seria se vincular ao resultado, ao invés de um procedimento, fundamentando assim uma estrutura que pode dar a resposta correta, que seria a Corte. Já Waldron, assevera que seria difícil a estruturação constitucional sobre desacordos, pois não há como sustentar resultados com linhas de interesses diversas. Logo, necessita-se do fundamento em um acordo, para se chegar a resultados almejados, porém, como prevalecem os desacordos, a única forma de se fazer isso, seria estabelecendo procedimentos decisórios (WALDRON, 2010, p. 259).

Há ainda a objeção à última palavra ao parlamento, senão o povo estaria tomando decisão em causa própria. Waldron assegura ser falho esse argumento, pois os próprios juízes, como cidadãos, vão participar do efeito daquela decisão que tratam de questões morais profundas de uma sociedade. Além do mais

Estas invocações superficiais do *nemo iudex in causa sua* não devem servir de argumento para que se esqueça a lógica elementar da autoridade: as pessoas discordam e é necessário que se chegue a uma decisão final através de um procedimento que regule o modo pelo qual tal decisão será tomada (WALDRON, 2010, p. 263).

Ainda há outra indagação trazida por Waldron, sobre a existência de circularidade na imposição de limites decisórios por uma maioria que estabeleceu aquela decisão. Aqui se volta para a existência de desacordos, bem como para a circunstância antes mencionada acerca da inserção dos magistrados nos afetados pela decisão. Além do mais, seja em qualquer instituição ou forma de governo, há um modo de decisão, inclusive nas próprias Cortes, o que diferencia dos poderes políticos democráticos é ausência do voto, condição imprescindível para a caracterização democrática, já que a autoridade para a decisão recai nas mãos de poucos.

Desse modo, para Waldron, não restou claro que o *judicial review* promove/fomenta ou melhora a democracia. Além do mais, válido ressaltar alguma outras conclusões do autor: argumenta ainda sobre o respeito que se deve dar aos pré-compromissos feitos pelos indivíduos ao

estabelecerem uma Constituição, justamente para evitar decisões indevidas em momentos de conflitos¹¹²; para ele, Estado de Direito é justamente o respeito que as pessoas devem dar às leis, as quais devem ser aplicadas mesmo que possam desatender a algum direito individual, pois elas emanaram de um consenso da sociedade, se assim não o fosse, haveria “um retorno em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom ou correto” (2003, p. 45)¹¹³.

¹¹² Argumento contido em sua obra: WALDRON, Jeremy. **Derechos e Desacuerdos**. Trad. De José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A, 2005.

¹¹³ Tanto que aqui demonstra que quando se está nesse embate entre Corte e Parlamento, não se discute um modo de tomada de decisão majoritária por outro diferente, já que nas Corte o que prevalece também é uma decisão majoritária, na verdade apenas se escolhe se a instituição é representativa da própria comunidade ou se ela será tomada por um grupo de magistrados (WALDRON, 2003). Assim, como para Dworkin o sistema de tomada de decisão só é válido com igual respeito e consideração a todos, nenhum dos apresentados seria adequado, mas claro é que mesmo com decisões majoritárias se leva a sério os direitos, o que ocorre é uma decorrência de uma sociedade alastrada de desacordos, necessitando, pois de um sistema de decisão, o qual é ais legítimo quando respeita o autogoverno, no caso através do legislativo.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, evidenciou-se inexorável a reforma do arquétipo estatal para superação dos dilemas de uma ordem essencialmente positivista. Avulta-se o debate internacional acerca da função do direito, notadamente para esquadrihar o papel da Constituição no bojo da ordem jurídica. Dessas reflexões são engendrados os pilares paradigmáticos do Estado Democrático de Direito, hábeis a consubstanciar incremento normativo-qualitativo aos modelos precedentes. Assim, alicerçado sobre as ideias de normatividade constitucional, programaticidade dirigente e proclamação ostensiva de direitos sociais, o Estado Democrático de Direito suscita a renovação valorativa da ordem jurídica, compreendendo-se o direito, doravante, como elemento transformador da sociedade. Dessa forma, diante da compleição compromissária e coercitiva do texto constitucional, suplanta-se a visão liberal de intangibilidade e onipotência do Legislativo, bem como se compele o Executivo no sentido de satisfazer as diretrizes do Estado Social.

A sistemática exsurgente tem latente a ideia de subordinação do poder constituído ao poder constituinte, cujas aspirações se encontram encartadas em uma Constituição rígida e vinculante. Isto é, não se afere mais a legitimidade das leis tão somente pelo respeito formal ao princípio democrático (regra da maioria) e/ou ao processo legislativo. Mais do que isso, para apuração de sua validade jurídica, as disposições legais devem manter compatibilização com os preceitos da Constituição, sob pena de serem rechaçadas do ordenamento. No mesmo sentido, caso o Executivo seja ocioso quanto à satisfação dos programas do *Welfare State* explícitos no texto magno, afigura-se a inconstitucionalidade por omissão, ensejando-se a subversão dos desígnios constituintes e a perturbação da ordem jurídica.

Dessa conjuntura sucede o redirecionamento de copiosas tensões de matiz social e política para o Judiciário, o qual é compelido a aquilatar, casuisticamente, a congruência constitucional das leis e dos atos administrativos. Opulenta-se substancialmente a “Inafastabilidade de Jurisdição” enquanto direito fundamental, sobrevindo um gradativo aditamento de instrumentos de acesso à justiça, a ensejar a hipertrofia funcional do Judiciário, com a atribuição, ao juiz, de uma função proativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Incumbência laboriosa, levando-se em consideração, por vezes, o cariz

abstrato, vago e/ou ambíguo do texto constitucional, impondo aos magistrados o manejo proficiente de técnicas interpretativas sofisticadas¹¹⁴, com vistas à revelação do sentido e alcance material das normas da Constituição.

A par da tensão institucional instaurada, o princípio da Separação dos Poderes conclama profunda reformulação, incitando-se, oportunamente, a seguinte problemática: qual a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, notadamente em seu mister de avaliar/controlar atos de poderes investidos pelo voto popular, uma vez que os membros do Judiciário não são eleitos democraticamente? Tal indagação consubstancia uma das questões mais controvertidas da ciência jurídica contemporânea, agravada pela compreensão de que a atividade interpretativa das normas constitucionais pressupõe, minimamente, a realização de conjecturas de índole política, revelando uma velada subjetividade, suscetível de ensejar excessos arbitrários do Judiciário. Todo esse cenário engendra o afamado fenômeno da judicialização da política, o qual vem atrelado ao chamado ativismo judicial.

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Tratar-se-á a seguir sobre os principais fatores e causas da Judicialização da Política no mundo e no Brasil, demonstrando casuisticamente esse fenômeno, bem como revelando alguns mecanismos utilizados pelos países para refrear suas externalidades negativas, como o ativismo judicial. Por sua vez, esclarece a pertinente e importante diferenciação entre a Judicialização da Política e Ativismo Judicial a fim de se compreender o ponto específico que gera uma das principais controvérsias no constitucionalismo contemporâneo.

3.1.1 Parâmetros fundamentais no mundo

A recepção da supremacia constitucional traz como manifesta consequência o famigerado fenômeno da Judicialização da Política ou

¹¹⁴ Tendo em vista que os cânones da Hermenêutica Clássica (e.g. gramatical, sistemático, sociológico, teleológico) estão enleados à exegese de normas com estrutura de regra (direito privado), edificou-se uma Nova Hermenêutica cônica da peculiaridade textual da Constituição e respeitadora do viés político/ideológico de suas normas, calcada nos seguintes princípios: a) unidade da constituição; b) concordância prática; c) efeito integrador; d) força normativa da constituição; e e) máxima efetividade.

questões políticas sendo resolvidas pelo judiciário, cuja magnitude é mundial¹⁵¹¹⁶. Seus principais fatores e causas foram devidamente sistematizados pela obra dos autores, Torbjörn Vallinder e C. Neal Tate¹¹⁷. E, diferentemente do senso comum que expõe como principal razão o comportamento dos juízes e tribunais, expressa-se a real origem, como um fenômeno eminentemente político e não jurídico¹¹⁸.

Como principais fatores, foram enumerados: i) a eclosão a partir de 1930 dos regimes totalitários, os quais ameaçaram os direitos dos cidadãos, especialmente referindo-se ao Terceiro *Reich* na Alemanha; ii) a economia pós-guerra, com a expansão de ideias socialistas em detrimento de oligopólios que poderiam ameaçar a liberdade; iii) recuperação de teorias do direito natural, não somente as referentes a autores clássicos como Locke, Rosseau e Kant, mas autores novos que retratavam teorias de justiça como Jonh Rawls, bem como a necessidade de se levar os direitos a sério, como Ronald Dworkin; iv) outro fator foi o desenvolvimento do *judicial review* nos EUA, superpotência democrática idealizada por outros países; v) o surgimento do controle concentrado desenvolvido por Hans Kelsen quando da edição da Constituição Austríaca de 1920, a qual traz a criação de um Tribunal

¹¹⁵ “O conceito de supremacia constitucional – que há muito é um dos principais pilares da ordem política norte americana – é agora compartilhado, de forma ou de outra, por mais de cem países em todo o mundo. Numerosos regimes pós-autoritários do antigo Bloco Oriental, da Europa Meridional, da América Latina e da Ásia endossaram os princípios do constitucionalismo moderno logo que transitaram para a democracia. Mesmo países como o Canadá, Israel, Grã-Bretanha e Nova Zelândia, que há pouco eram descritos como os últimos bastiões da soberania parlamentar no estilo de Westminster, embarcaram gradualmente na tendência global em direção à constitucionalização” (HIRSCHL, 2012, p. 131).

¹¹⁶ A essa mesma conclusão chega o autor brasileiro Marcos Veríssimo (2008, p. 408): “Sob um prisma externo à dogmática constitucional, o primeiro produto mais importante desse novo arranjo constitucional consistiu em uma espécie de “fuga” cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários. Esse processo, chamado globalmente pela alcunha de “judicialização”[...]”.

¹¹⁷ Ver em TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power: the judicializaçõa of politics**. New York University Press, 1995. Edição kindle.

¹¹⁸ Ran Hirsch, em seu artigo O novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política, também expõe detidamente diversas causas para esse fenômeno e o infere como verdadeiro fenômeno político.

Constitucional para fazer o controle abstrato dos atos do legislativo e executivo; vi) a valorização dos direitos humanos através da comunidade internacional, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Europeia para proteção desses direitos, instituindo um Tribunal Europeu para o deslinde de questões desse jaez¹¹⁹. Todas essas circunstâncias refletem o novo revestimento constitucional do século XX, que acaba por gerar o fenômeno ora sob análise.

No que tange às causas, essas podem variar de um país para o outro conforme o desenvolvimento de acontecimentos sociais, históricos e filosóficos, porém, é possível a objetivação de algumas delas, tais como: i) democracia como não contemplação apenas da regra da maioria; às minorias cabem a mesma participação e proteção; ii) separação de poderes, apesar de regra remota, permite o desenvolvimento da judicialização; iii) a ineficácia da postura política através da não efetivação de políticas públicas; iv) grupos de interesses, em vista da expansão dos direitos, buscam através dos tribunais a inserção de direitos não tutelados, assim “a política dos direitos pode ser distinguida da política de interesses apenas no discurso mais legalista” (TATE, TORBJÖN, 1995); v) a utilização do controle de constitucionalidade como forma da oposição política efetivar sua postura contra o governo; vi) a falta de eficácia das instituições majoritárias; vii) a legitimidade confiada ao Judiciário quando há omissão política; viii)) a destinação de poder e competência ao poder Judiciário, para que não haja controvérsias entre os poderes Executivo e Legislativo¹²⁰¹²¹.

Para Ran Hirschl (2012), esse fenômeno necessita de uma explicação mais aprofundada do que a utilizada pela maioria dos estudiosos, pois com a superficialidade de tratamento pode se fazer

¹¹⁹ Esses fatores foram retirados de uma compilação constante em: VALLINGER, Torbjörn. A Judicialização da política: um fenômeno mundial. In: LUIZ, Moreira (org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 editorial, 2012, pp. 15-27.

¹²⁰ Nas palavras de Neal Tate e Torbjörn: “Às vezes, a razão parece ser que os custos políticos de lidar seriamente com a questão são muito grandes para se arriscar, que a questão é uma proposição sem ganhos para os tomadores de decisão eleitos. Por exemplo, muitos (certamente não todos) os legisladores estaduais americanos parecem estar mais do que dispostos a deixar a política de aborto nas mãos dos tribunais devido à sua avaliação dos custos políticos de tomar qualquer ação sobre o assunto”. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. NYU Press. Edição do Kindle, 1995.

¹²¹ Ver nota 118.

confundir com o ativismo judicial, o que torna esses dois temas indiferentes, pondo, por sua vez, em cheque a atividade de aplicar o direito (pelo judiciário) com imparcialidade e a tratativa de questões cruciais para o desenvolvimento de uma nação. Reconhece-se então, em sentido amplo, três dimensões da judicialização.

A primeira, diz respeito à Judicialização das relações sociais.

A judicialização desse tipo é indissociável da apreensão pelo direito das relações sociais e da cultura popular e de sua expropriação dos conflitos sociais. Ela deriva da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, ou da criação e expansão do moderno estado de bem-estar social e seus numerosos órgãos regulamentadores. Alguns relatos do rápido crescimento da judicialização em nível jurídico supranacional a retratam como uma resposta institucional inevitável aos complexos problemas de coordenação que derivam da necessidade sistêmica de adotar normas jurídicas e regulamentações administrativas padronizadas entre estados membros em uma era de mercados econômicos convergentes (HIRSCHL, 2012, p. 134).

Ou seja, existe para o autor uma esfera da judicialização que se consubstancia no fato da gama de regulamentações e processos que estão submetidos hoje em dia o gozo de direitos ou a tomada de decisões políticas, um vez a instituição de um “sistema jurídico formal, unívoco e racional nas sociedades modernas”¹²². Dessa forma, como as relações nas sociedades modernas são complexas, os juristas seriam mecanismos para negociação e aplicação dessas normas. Válido mencionar que no Brasil, um mecanismo do ordenamento que representa sobremaneira a Judicialização das relações sociais, que outrora se resolviam pela praxe cotidiana ou ética social¹²³, foi a efetividade do acesso à justiça através do instituto dos juizados especiais. Pode-se citar também a

¹²² Hirschl cita a importância que Max Weber deu ao surgimento desse sistema.

¹²³ Conforme também já estabelecido por Habermas acerca da juridificação das relações sociais em sua obra: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 105.

regulamentação de esferas dantes privadas como as “relações de gênero no ambiente privado familiar e tratamento dispensado às crianças por seus pais e responsáveis”¹²⁴.

Já a segunda vertente, corresponderia à proeminência da atividade jurisdicional na efetivação de políticas públicas, protegendo direitos constitucionais, especialmente no que diz respeito aos direitos processuais penais¹²⁵, de privacidade, de intimidade; bem como quanto aos limites impostos aos poderes Legislativo e Executivo, prezando o respeito ao federalismo. Hirschl caracteriza essa vertente da judicialização como um auxílio à efetivação de direitos constitucionais já contemplados, pois a confirmação judicial dos mesmos traria mais força para sua execução, criando uma percepção de “integridade e incorruptibilidade dos processos judiciais”. Não obstante, poderia engendrar “o discurso de direitos e ao correspondente empobrecimento do discurso político”. Ademais, para finalizar a segunda fase da judicialização, o autor retrata a possibilidade da revisão jurisdicional das

¹²⁴ “De outra perspectiva, a judicialização das relações sociais, processo também universal e com ampla fixação nas democracias consolidadas, chegou a nós pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de recente e ainda progressiva institucionalização, responsáveis pela exposição do Poder Judiciário, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores socialmente emergentes. De fato, são esses os segmentos sociais que estão presentes na explosão da demanda por jurisdição, que passou dos 350 mil processos novos, em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998. A democratização do acesso à Justiça, cuja trajetória guardou alguma semelhança com o processo de institucionalização da comunidade de intérpretes – uma inovação devida à intelligentsia jurídica e os aliados políticos na Constituinte -, tem também, entre uma de suas origens, a ação do vértice dos Tribunais estaduais e, muito especialmente, as iniciativas do associativismo dos juízes, destacadamente a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)”. (VIANNA, 1999, p. 11 e 149)

¹²⁵ Nesse âmbito a atuação das supremas Cortes é bem evidente, conforme exemplos trazidos por Hirschl (2012, p.135): “ Em 1999, a Suprema Corte de Israel banuiu o uso da tortura em interrogatórios dos Serviços de Segurança Geral israelenses. O Conselho Constitucional peruano anulou em 2002, o julgamento secreto realizado por um tribunal militar dos líderes do movimento clandestino maoísta Sendero Luminoso. Os Lordes da Lei declararam que a legislação de estado de emergência pós-11 de setembro na Grã-Bretanha era inconstitucional. Sem uma recente decisão em *Hamdan v Rumsfeld*, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou os tribunais militares da baía de Guántanamo da administração Bush”.

decisões administrativas, e finaliza estabelecendo que esses dois principais ramos atingidos pela judicialização, quais sejam: a revisão administrativa ou a jurisprudência de direitos, já se estaria “perto de governar com juízes” (2012, pp. 135-137)¹²⁶.

A terceira fase, nomeada como judicialização da megapolítica ou judicialização pura¹²⁷ envolve as seguintes áreas de tomada decisão:

[...] judicialização dos processos eleitorais; escrutínio judicial das prerrogativas do poder executivo nos campos do planejamento macroeconômico ou de questões de segurança nacional (isto é, o fim do que é conhecido na teoria constitucional como doutrina da “questão política”); os dilemas fundamentais de justiça restaurativa; a corroboração judicial de transformação de regime; e, acima de tudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, de processos de construção de uma nação e de batalhas quanto à definição – ou *raison d'être* – da política como tal, aparentemente o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional (HIRSCHL, 2012, p. 138).

Enquanto na segunda fase foi descrito que a tomada de decisões naquele sentido chegar-se-ia perto de um governar com juízes, a terceira fase, ao permitir o judiciário adentrar em searas eminentemente políticas, ocasiona uma mudança para uma juristocracia¹²⁸.

Nessa seara é que nascem as maiores críticas à atuação jurisdicional, posto que quando se fala de direitos políticos e fortes direitos morais de um Estado Democrático, que representam “a interseção

¹²⁶ Vale ainda mencionar que Ran Hirschl ressalta a proliferação internacional desse tipo de judicialização, especialmente com a “criação de tribunais transacionais e de órgãos jurisdicionais, câmaras, comitês que lidam com direitos humanos, governança transacional, comércio e assuntos monetários”. Cita ainda que isso pode ser claramente visto na Europa, porém, há decisões também nesse sentido na OMC, NAFTA, MERCOSUL, ASEAN (2012, pp. 137-138).

¹²⁷ Que entendo como uma judicialização em sentido estrito.

¹²⁸ Termo utilizado por Ran Hirschl para demonstrar um verdadeiro governo de juízes. Nesse sentido, ver; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

entre interesses políticos elevadíssimos e diretrizes constitucionais escassas”, ao povo caberia sua resolução e não a um grupo de pessoas indicadas, sem uma *accountability* para com a sociedade e sem prova científica da maior qualificação para a resolução de questões desse jaez. Interessante ressaltar aqui a diferença “sutil” trazida por Hirschl entre a segunda e o terceiro tipo de judicialização. Essa distinção é feita por dois fatores, o primeiro, no que diz respeito à relevância política entre os assuntos tratados entre os tipos de judicialização. O segundo, é intrinsecamente ligado ao primeiro, pois para se saber a real relevância política de um assunto, necessariamente precisar-se-ia de um conceito de político, porém, pelos estudiosos não chegarem a um conceito único, estabelece Hirschl:

De forma semelhante, o que pode ser considerada uma questão política controvertida em um Estado (digamos, o direto ao aborto nos Estados Unidos) pode nem ser considerada uma questão em outro. Isso posto, parece haver uma diferença qualitativa entre a relevância política de (por exemplo) um tribunal decidindo refinar as fronteiras do direto ao julgamento justo ou revendo a validade de cotas federais de exportações agrícolas e um julgamento histórico determinando a legitimidade do regime de um Estado ou a identidade coletiva de uma nação. De fato, poucas decisões podem ser consideradas mais “políticas” do que aquelas com autoridade para definir a própria *raison d'être* de um Estado. Essa distinção intuitiva, porém difícil de definir, é o que diferencia a judicialização da megapolítica e os primeiros níveis de judicialização (2012, p. 140).

A fim de demonstrar as decisões de diversos tribunais no mundo que adentraram aos campos da megapolítica, bem como para expor algumas medidas contrárias ao desenvolvimento dessa judicialização estrita, as quais são tomadas especialmente pelo desrespeito que essa atividade traz à democracia e aos poderes políticos, Hirschl (2014) enumera diversos exemplos. Nesse sentido, expõe-se primeiramente alguns casos da primeira situação, após, demonstram-se as medidas já efetivadas em alguns países a fim de barrar tal juristocracia.

Os exemplos podem ficar melhor detalhados se estabelecidos por subáreas de megapolítica, consoante já mencionado na penúltima citação.

Dessa forma, em diversos países do mundo questões sobre *o processo eleitoral* são decididas por Tribunais, sendo caso típico o ocorrido nos EUA, no caso *Bush v. Gore* em 2000; outro exemplo foi a decisão da corte Italiana sobre as eleições que ensejou na derrota de Silvio Berlusconi. Vale ressaltar ainda a decisão ocorrida na Bélgica que determinou a extinção de partido político separatista de direita *Vlaams Blok*, em 2004. No que tange às *prerrogativas do legislativo e executivo nas áreas internacional, de segurança e fiscal*, cita-se o caso do Canadá, onde sua Suprema Corte, no caso *Operation Dismantle v. The Queen* estabeleceu que se atos daqueles poderes violam a constituição, não importa se político ou jurídico, devem passar pelo crivo do Tribunal Constitucional; situação semelhante ocorre quando em Israel o tribunal passa a decidir sobre a constitucionalidade do muro da Cisjordânia; até mesmo questões de políticas fiscais são analisadas por Tribunais, como na Hungria no caso *Bokros*¹²⁹. Já referente *contribuição para mudança de regime* é válido mencionar o caso da África do Sul cujo tribunal não reconheceu as normas constitucionais estabelecidas por um constituinte, chamada por Hirschl de a “saga pela certificação constitucional”; outro exemplo nesse sentido ocorreu nas ilhas Fiji, pois o tribunal acabou por restabelecer um regime constitucional anterior (de 1997), no caso *Friji v. Prasad*, restabelecendo um sistema democrático; houve também interferência do Tribunal Constitucional quando da determinação de retorno de um presidente da Coreia do Sul após ter ocorrido o *impeachment* pelo Legislativo. Já quanto a área de *justiça de transição ou restaurativa*, a qual envolve questões morais e políticas profundas referente a grupos de indivíduos sendo resolvidas por tribunais, pode-se citar a África do Sul pós-*apartheid* e a instituição de Tribunais Europeus para o julgamento dos que cometeram violações a direitos humanos¹³⁰. Ainda, existem as principais questões, as quais envolve a *definição da própria nação*¹³¹ que

¹²⁹ Segundo Hirschl, “o tribunal se valeu dos conceitos de dano de confiança e de certeza jurídica para derrubar cerca de vinte e seis disposições de um plano de emergência econômica introduzido pelo governo e destinado principalmente a realizar um corte substancial nos gastos governamentais com benefícios de bem-estar social, concessão de pensões, educação e saúde, a fim de reduzir o enorme déficit orçamentário e a dívida externa da Hungria” (2012, p. 143).

¹³⁰ Importante a instituição do Tribunal Penal Internacional, que foi ratificado por 90 países, como uma jurisdição internacional para questões que envolvam genocídio, crime contra a humanidade, de guerra, etc. (Hirschl, 2012, p. 146)

¹³¹ Nesse tipo de questão, Hirschl assevera: “constitui a manifestação mais clara da Judicialização indiscriminadas de controvérsias políticas essenciais: a

passam a ser resolvidas pelo judiciário, como a inserção da Suprema Corte do Canadá a respeito do bilinguismo ou do futuro político de Quebec; a influência do Tribunal alemão na unificação da Alemanha, no caso *Maastricht*; o entendimento solidificado do Tribunal da Índia a respeito dos direitos pessoais religiosos muçulmanos e hindus; a judicialização da questão de quem é judeu em Israel¹³²¹³³.

Outros casos, conforme Barroso (2008), ilustram a tangência entre política e justiça no mundo contemporâneo, segundo alguns *leading cases*. Destaca-se, então, que no Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade dos Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense; em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino; na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pela mais alta Corte.

Vale citar alguns exemplos dos Estados Unidos, berço do fenômeno da judicialização¹³⁴, como os casos de: *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Lochner v. New York* (1905), *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), *Miranda v. Arizona* (1966), *Kimel v. Florida Board of Regents* (2000), *United States v. Morrison*, os quais trataram respectivamente de temas como: constitucionalidade da escravidão, inconstitucionalidade de lei que limitava carga horária de trabalho, inconstitucionalidade de divisões raciais em escola públicas, constitucionalidade do direito de não se auto incriminar e de ter uma defesa técnica, e os dois últimos que limitaram a efetividade de atos do parlamento. Percebe-se aqui, primeiramente uma era mais liberal, depois uma pró-direitos humanos, bem como uma mais restritiva quanto ao desempenho da função legislativa¹³⁵.

crescente confiança nos tribunais para contemplar a definição, ou a *rason d'être*, de Estado” (2012, p. 147).

¹³² Para Hirschl, Israel é o local mais próximo de uma juristocracia plena (2012, p. 151).

¹³³ Todos esses exemplos e outros mais foram destacados na obra de Ran Hirschl (2012, pp. 140-156), inclusive com uma exposição mais detalhada de cada um deles. Para maior aprofundamento, ver: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a Judicialização da Política. In: MOREIRA, Luiz (org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 editorial, 2012, pp.131-167.

¹³⁴ Isso em vista do caso *Marbury vs. Madison* e efetivação do *judicial review*.

¹³⁵ Esses exemplos foram citados na obra de Rodrigo Brandão. Vale mencionar ainda, a seguinte afirmação do autor acerca das mudanças de perspectiva da Corte

Nesse sentido, percebe-se que, excepcionando a fiscalização do processo eleitoral, todas as outras matérias são ou têm aspectos políticos, o que ratifica a origem política do fenômeno sob análise. Dessa forma, não há como conceber tais exemplos sem imaginar que cada decisão é fortificada por grupos de interesses políticos, pois “assim como qualquer outra instituição política, os tribunais constitucionais não operam em vácuo institucional ou ideológico”. Diversas causas acima enumeradas por Neal Tate e Torbjörn, também são mencionadas por Hirschl, valendo aqui rescrever que o direcionamento ao judiciário como o mais capacitado a resolver questões políticas ocorre principalmente quando os poderes políticos refletem ineficácia e inefetividade. Por outro lado, se há um “sistema político unificado e assertivo” esse modelo seria capaz de conter o poder contramajoritário (HIRSCL, 2012, pp. 156-158).

Como diversas decisões se tornam indesejadas, até mesmo por ferirem a separação de poderes e o regime democrático, alguns países já manifestaram reações à superioridade judicial, por exemplo: na Índia, através da anulação de sentenças pelo legislativo como no caso que a Corte concedeu validade a lei estadual que permitia a esposa abandonada receber pensão. Por questões religiosas, o parlamento cancelou a sentença e editou uma lei de Divórcio que impedia mulheres de recorrerem a tribunais estaduais para o recebimento desse benefício; na Austrália, o tribunal concedeu o uso de terra devolutas para os aborígenes, desconsiderando aquele instituto e permitindo a propriedade por esses nativos. O governo, especialmente por conta do setor agrícola e minerador, anulou decisões com referidas concessões; em Cingapura, o governo revogou qualquer revisão constitucional acerca de prisões preventivas impostas a dissidentes políticos; no Egito, audiências disciplinares foram impostas aos ministros da Suprema Corte por acusação contra o governo de fraude eleitoral; na Venezuela, há lei que estabelece a nomeação de mais juízes para compor o Tribunal, bem como

dos EUA e as críticas que são desferidas. Pois, não necessariamente o Tribunal Constitucional está protegendo minorias: “Note-se, aliás, que a crítica à supremacia judicial tem adeptos tanto à direita quanto à esquerda do espectro político, o que é natural diante do fato de o ativismo judicial nos EUA já ter assumido contornos conservadores e liberais (2012, pp. 199-201). Nesse sentido, vale vincular a crítica feita por Waldron a Dworkin no tópico 2.3.3 deste trabalho, pois este não se detém a analisar a era Lockner, a mais liberal da história da Suprema Corte dos EUA, o que demonstra uma fissura em sua teoria quando levanta a bandeira das minorias e sua defesa judicial e da tirania da regra da maioria.

normas que facilitam a remoção dos mesmos, através de suspensão por *impeachment* ou através de anulação das nomeações; no Equador, por duas vezes a Suprema Corte foi dissolvida por crise política; no Cazaquistão, houve também a dissolução da Corte em 1995 e a criação de um Conselho com representantes eleitos foi instituído; na Albânia, também houve dissolução e instituição de mandatos para os ministros por um período de nove anos; por fim, importante a dissolução do Tribunal da Rússia pelo presidente Yeltsin, em 1993. Ele “reagiu ao envolvimento excessivamente ativo do Tribunal Constitucional na esfera política da Rússia”. Assim, o Presidente o suspendeu até a instituição do segundo Tribunal Constitucional, o qual “restaurou a área de segurança da jurisprudência de direitos individuais e tendeu a evitar questões de federalismos e separação de poderes”¹³⁶.

3.1.2 A forma jurídica-política constitucional da Corte brasileira

O Brasil não restou fora da Supremocracia¹³⁷, isto é, a Corte Constitucional brasileira detém uma superioridade decisória nos mais diversos ramos políticos-sociais do país, assegurada pela Constituição Federal de 1988 que a ele compete a guarda precípua desse documento. Quanto às causas, refletem, com talvez poucos acréscimos ou decréscimos, as já mencionadas no item acima, conforme já manifestado pela mais renomada doutrina¹³⁸, com especial atenção, para a

¹³⁶ Todos esses exemplos também constam na obra de Hirschl (2012, pp. 161-165). Ver nota 133.

¹³⁷ Termo utilizado por Oscar Vilhena Vieira para ressaltar o protagonismo do Supremo Tribunal Federal no constitucionalismo contemporâneo. Veja-se este trecho: “Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito”. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista de Direito GV**, 2009, p. 442.

¹³⁸ Aqui pode-se citar Lênio Luiz Streck, Oscar Vilhena Vieira, Marcos Paulo Veríssimo, respectivamente *in*: STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista de Direito GV**, 2009, pp.

democratização tardia e ineficácia dos poderes políticos. Essa convergência decisória jurisdicional, então, consubstancia-se de forma magistral no Brasil, notadamente em face do texto ambicioso da Constituição de 1988, bem como pela EC 45/2009 e leis 9.868/99 e 9.882/99, normas que qualificam a Corte com “as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado”¹³⁹.

Interessante mencionar que justamente pelo desenvolvimento de muitas funções é que Marcos Veríssimo (2008), apesar de reconhecer a Judicialização no Brasil nos termos da que acontece no mundo, chama, particularmente a daqui, de ativismo à brasileira¹⁴⁰, pelo fato do considerável número de demandas que chegam formalmente à Corte Constitucional, especialmente depois das funções estabelecidas pela carta de 1988. Inclusive, é partir dela que se considera o real desenvolvimento do fenômeno ora sob análise, especialmente pelo Brasil ter passado por diversos períodos autoritários que abafaram o poder jurisdicional.

Para um maior detalhamento das normas constantes na Constituição de 1988 que possibilitaram a proeminência do Tribunal Superior, interessante destacar as normas enumeradas por Oscar Vilhena (2009)¹⁴¹. Seriam elas: i) A ambição constitucional da Carta de 1988,

441-464; VERÍSSIMO, Marcos. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, 2008, pp. 407-440.

¹³⁹ Através do desenvolvimento dessas funções é que Oscar Vilhena Vieira cunha o termo Supremocracia, pois além da função de proteção constitucional pelo fato de ocupar o ápice da organização judiciária, o STF passou a desenvolver funções substantivas que ocasionam inclusive na criação de regras, nesse sentido: “Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. [...] Supremocracia tem aqui um duplo sentido. [...] supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. [...] Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” (VIEIRA, 2009, pp. 444-445).

¹⁴⁰ Adianta-se aqui, que a partir do entendimento da distinção entre ativismo e judicialização (que será esclarecido nas páginas seguintes), é válido analisar criticamente a utilização desse termo, já que nem tudo que se considera judicialização da política é ativismo judicial.

¹⁴¹ Importante mencionar ainda os argumentos de Marco Veríssimo, o qual estabelece que a atual atividade decisional do STF se dá especialmente pelo incremento do papel político, bem como pela sobrecarga extraordinária de

através de um extenso rol de direitos que aumentou exponencialmente a quantidade de ações no STF pós 1988; ii) inserção de competência superlativas no texto constitucional, como: julgamento de constitucionalidade de leis federais e estaduais, de emendas à constituição, de omissões dos poderes políticos através do mandado de injunção, ampliação da legitimidade para se propor ação direta de inconstitucionalidades; iii) possibilidade de *amici curiae* nos julgamentos, elevando a participação pluralista; iv) as audiências públicas para casos notórios; v) a qualificação de foro especializado para julgamento em primeira instância de determinadas autoridades ou para análise originária de atos políticos, restando conhecido como um foro privilegiado; vi) a função de última instância judicial para todos os outros órgãos do Poder Judiciário, o que gera uma avalanche de recursos a serem decididos por apenas 11 ministros; vii) a repercussão geral e as súmulas vinculantes, que objetivaram impedir o arsenal de demandas. Tudo isso proporcionou o aumento do poder dos membros do Tribunal Superior brasileiro.

Todas essas normas fomentam (ram) a ativa atuação do STF, o qual se apodera politicamente a cada nova decisão. Tanto que para Veríssimo (2008), com o desenvolvimento das funções conferidas especialmente pela Constituição de 1988, a Corte se reveste de dois papéis: papel preponderante político, especialmente na proteção de minorias, mas com perda de confiabilidade, assim como uma prestadora de serviço público

para resolução de querelas cotidianas que acarreta uma hiperinflação processual¹⁴²¹⁴³.

Essa resolução de querelas cotidianas, pode ser vista como a primeira dimensão da judicialização da política estabelecida acima, conforme Hirschl, a Judicialização das relações sociais. Porém, os julgamentos de questões de políticas públicas ou questões de Estado, acabam, por vezes em ensejar uma função legislativa atípica da Corte Constitucionais, o que já foi verificado nos mais diversos casos. Válido, então, mencionar diversas decisões paradigmáticas do STF que fundamentam diversos estudos acerca do fenômeno da Judicialização e ativismo judicial. Podem ser citados: as decisões que trataram da fidelidade partidária, da vedação ao nepotismo através de súmula

¹⁴² Conforme dados expostos por Marcos Veríssimo (2008, p. 413): “Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. No final da década de 1950 esse número sobe para 7.000, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é, cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano. Após a Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 16 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano”.

Além do mais, importa falar da retrospectiva feita pelo ministro Barroso referente ao ano de 2015. Nesse exercício, o Supremo recebeu 93 mil processos e emitiu mais de 116 mil decisões (17,7 mil decisões colegiadas e 98,3 mil decisões monocráticas). *In*: BARROSO, Luís roberto. Retrospectiva 2015: Crise testou o respeito do país à Constituição Federal e à Instituições. **Revista Conjur online**, 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-cri-se-testou-respeito-constituicao-federal>> Acesso em: 01 set 2017.

¹⁴³ Bom esclarecer que o autor traz um questionamento acerca da quantidade de demandas que são protocoladas no STF e a quantidade de acórdão publicados, pois não são proporcionais. E chega à conclusão que, esse tipo de decisão apenas é emitida pelo julgamento em turmas e plenário, e há diversas competências monocráticas na Corte, o que caracteriza a emissão de decisão apenas monocrática, explicando os baixos dados quanto a publicação de acórdão e os altos que representam a quantidade de demanda. Assim, além das competências monocráticas, ainda há a competência das turmas, filtrando ainda mais as ações que chegam ao órgão pleno, cujo conteúdo traz amplas e discutíveis questões que ganham repercussão na mídia e no debate público. (VERÍSSIMO, 2008)

vinculante decorrente de apenas um caso concreto, da verticalizações da coligações partidárias, da súmula das algemas, da decisão sobre cotas raciais, das células-tronco, sobre aborto de anencéfalos, uniões homoafetivas etc¹⁴⁴¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Respectivamente, seguem as decisões/processos referentes aos casos citados, os quais podem ser verificados no site do Supremo Tribunal Federal: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999 e 4.086 e Mandado de Segurança n. 26.603/DF; Súmula vinculante nº 13; Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.685 e 3.686; Súmula vinculante n. 11; Decisão mais recente na ADC 41/DF; ADI 3.510-0; ADI n. 3.105; ADPF 54; ADPF 132.

¹⁴⁵ Interessante expor o resumo de temas que estiveram na agenda do STF feito por Oscar Vieira: “*No campo dos direitos fundamentais*, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc. *Na esfera da representação política*, temas como sub-representação na Câmara dos Deputados, cláusula de barreira, fidelidade partidária, número de vereadores nas Câmaras Municipais, vêm fazendo do Tribunal um co-autor do constituinte originário na arquitetura da representação política brasileira. *No âmbito da delimitação de atribuições das demais esferas do Estado*, vem discutindo questões como: restrição à atuação das CPIs; limitação do poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República; restrição aos poderes de investigação do Ministério Público; garantia dos direitos das minorias parlamentares em face das mesas da Câmara e do Senado; delimitação do campo de autonomia das agências reguladoras; aferição da legitimidade da instituição de controle externo da magistratura; a restrição às sessões secretas do Senado, entre outras questões quentes. Com direto *impacto sobre o balanço federativo e também sobre a economia*, o Tribunal vê na sua agenda assuntos como guerra fiscal, Cofins e FGTS, além de toda uma linha de decisões relativas aos ajustes econômicos, que marcaram a vida brasileira até o plano real. Tudo isto sem falar em milhares de habeas corpus, mandados de segurança, alguns de altíssima voltagem política e muitos milhares de recursos extraordinários, que demandam do Supremo decidir sobre uma infinidade de temas constitucionais mais ou menos relevantes. *Na esfera político-criminal*, por exemplo, temos assistido o julgamento de altas autoridades, como o ex-presidente Collor e os integrantes do escândalo do mensalão. O Supremo, por outro lado, também não viu nenhuma dificuldade em discutir a validade de emendas à Constituição, como nas reformas administrativa, previdenciária e do próprio judiciário, chegando, sem qualquer hesitação, a declarar algumas emendas contrárias às cláusulas pétreas, como no caso da extinta CPMF” (2009, p. 451).

Relevante neste momento, trazer uma diferenciação pertinente à matéria em discussão, entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial. Para Lênio Luis Streck (2011) os dois termos são espécies do gênero do fenômeno do protagonismo judicial, sendo o primeiro quando há uma transferência de competência decisional dos poderes políticos para o Judiciário, é circunstancial, contingencial; já o ativismo, caracteriza-se pela utilização de fundamentação moral e solipsista dos magistrados quando editam suas decisões, em detrimento de íntegra argumentação jurídica, aqui se fala de uma questão comportamental.

Para Luís Roberto Barroso (2008), a judicialização decorreria do próprio modelo adotado pós-segunda guerra, e sua proeminência no Brasil se dá, primeiro porque há uma constitucionalização abrangente e o segundo é o sistema de controle de constitucionalidade que submete qualquer ato ao Poder Judiciário. Já o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa dos magistrados na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Diante da diferenciação exposta, entende-se, inclusive a partir da descrição das causas no item anterior, que a Judicialização decorre de questões político-sociais, não dependendo especificamente de uma postura judicial. Esse fenômeno é consequência do fenômeno da judicialização da vida e da força do constitucionalismo. Já o ativismo se reveste da própria intenção judicial, isto é, quando os magistrados desrespeitam as fronteiras semânticas do ordenamento jurídico, infringindo sobremaneira a separação de poderes, bem como a própria constituição, quando, criam normas para cumprir função de outro poder ou no ato da fundamentação de suas decisões, com elevação de decisionismos de cunho moral e pessoal.

Nesse sentido, infere-se que quando Hirschl distingue as três dimensões da judicialização, na última - concernente à megapolítica ou política pura, que diz respeito a questões eminentemente de Estado sendo resolvidas pelo judiciário, que outrora este trabalho chamou de judicialização estrita - pode-se averiguar a existência de um forte ativismo, já que são matérias muitas vezes não expressas constitucionalmente, porém a Corte acaba por dar a última palavra. Mas não seria o único momento para se caracterizar o ativismo, pois nas decisões que Judiciário utiliza uma fundamentação alheia ao direito e vinculada à moral do magistrado, pode-se também caracterizar como uma decisão ativista. Válido neste momento trazer a crítica de Antoine Garapon (1996), no sentido de que a busca pela efetivação democrática através de uma Corte Constitucional em vista da retração política,

engendra um verdadeiro paradoxo, já que a legitimação democrática se dá principalmente através dos poderes político.

No que tange às medidas para se opor ao remoto e cada vez mais atual refinamento funcional do Judiciário, o qual adentra nas competências dos outros poderes; não somente a doutrina se manifesta sobre um postura adversarial ao assunto, mas o próprio Congresso Nacional já engendrou(a)¹⁴⁶ mecanismos para a limitação da atuação da Corte brasileira. Desse modo, seguem abaixo algumas propostas já apresentadas.

No Brasil, é válido mencionar a Proposta de Emenda à Constituição n. 3 e 33 de 2011 e a PEC 143 de 2012 que intentaram instituir normas de estrutura e limites à atuação jurisdicional da Corte Suprema. A primeira objetivava dar nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição de 1988, estabelecendo que o Congresso Nacional poderia sustar atos dos *outros poderes* que extrapolassem o poder regulamentar e os limites da delegação legislativa, diferentemente do atual texto que consta apenas *Poder Executivo*. Nesse sentido, atos do Judiciário também estariam submetidos à contenção parlamentar. Porém, conforme relator da Comissão de Constituição e Justiça, deputado Nelson Marchezan Junior, esses atos seriam apenas os normativos, não os jurisdicionais (como sentenças e acórdãos)¹⁴⁷. Apesar de aprovada pela CCJ, o projeto foi arquivado¹⁴⁸. Na segunda proposta, mais prolixa, vale maiores esclarecimentos, conforme exposto abaixo.

Na PEC 33/2011, em sede de justificativa, levantou-se o fenômeno da Judicialização ocorrido no Brasil através de diversas decisões emblemáticas anteriormente já citadas, estabelecendo que

Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o

¹⁴⁶ Porém nenhuma das propostas que estão sendo apresentadas restou efetivada.

¹⁴⁷ Apesar da grande discordância que surgiu à época na interpretação do sugerido novo texto do inciso V. Sobre o assunto, ver: MATOS, Vítor; ACAYABA, Cíntia. **Outra PEC contra o Judiciário foi aprovada há 1 ano mas sem polêmica.** Site de Notícias G1, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/outra-pec-contra-o-judiciario-foi-aprovada-ha-1-ano-mas-sem-polemica.html>> Acesso em 10 set 2017.

¹⁴⁸ Acompanhamento disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>> Acesso em 10 set 2017.

Supremo vem se tornando um superlegislativo (BRASIL, 2011, p. 5).

Desse modo, dispôs-se que essa postura do Supremo feriria diretamente o sistema representativo, o regime democrático, a força legislativa e a separação de poderes. Assim, apesar dos clamores que ao STF caberia a última palavra sobre a constituição, na verdade, em respeito ao estado Democrático de Direito e seus institutos, essa palavra caberia ao povo.

Nessa perspectiva, por iniciativa do Deputado Nazareno Neves, foram alvitradas na PEC, as seguintes propostas: i) necessidade de aumento do quórum para qualificação das declarações de inconstitucionalidade de lei, de 6 votos para 9 votos dos membros do STF; ii) para aprovação de súmulas vinculantes a votação passaria também para a ser de 9 ministros, com a qualificação de 4/5 do membros; iii) após a aprovação de súmula vinculante, necessária se faz a aprovação por maioria absoluta (sessão conjunta) do Congresso¹⁴⁹; iv) no que tange às decisões concernentes ao controle de constitucionalidade de emendas à constituição, essas somente teriam efeito *erga omnes* após aprovação da decisão do STF pelo Congresso, se este fosse contrário à decisão do Tribunal, a população seria convocada para decidir a controvérsia.

O intuito da PEC, portanto, propõe o retorno a uma confiança ao legislativo, baseado especialmente no regime democrático adotado no Brasil, bem como pela duvidosa aplicação pan-principiológica e solipsista¹⁵⁰ de apenas 11 ministros do Supremo Tribunal Federal. A proposta foi aprovada pela CCJ, porém restou arquivada conforme art. 105 do regimento interno da Câmara¹⁵¹. Segundo Rafael Tomaz, o arquivamento da proposta sem uma efetiva votação no Congresso ou

¹⁴⁹ Caso não seja aprovada no Congresso a súmula passa a ser uma súmula ordinária da Corte Constitucional. Além do mais, para a votação no legislativo, abre-se um prazo de 90 dias apenas, sob pena de aprovação tácita. Nesse ponto, a justificativa expõe que poderia dar ensejo a um diálogo entre os poderes (BRASIL, 2011, p. 6)

¹⁵⁰ Termos utilizados por Lênio Luis Streck, o primeiro significando a exacerbada e desmedida utilização dos princípios nas decisões do judiciário e o segundo quando as decisões dos magistrados se baseiam em suas próprias convicções e não nas normas constitucionais ou do ordenamento brasileiro.

¹⁵¹ Acompanhamento disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>> Acesso em 10 set 2017.

deliberação social, foi um acordo feito entre quatro paredes em troca de favores recíprocos entre o STF e o Congresso, e ainda estabeleceu que no Brasil, a sujeira sempre é posta sob o tapete, ao invés de um verdadeiro embate que poderia amadurecer a democracia¹⁵².

Houve também a PEC 143 de 2012, a qual propôs a alteração na forma de escolha dos ministros do STF. A primeira proposta era para que houvesse alternância na indicação daqueles membros, sendo uma vez pelo Presidente da República e outra vez pelo Congresso. A segunda a instituição de mandato de sete anos para os membros do Tribunal Superior. Nas palavras do proponente, o deputado Nazareno Fonteneles:

Convém deixar claro que as medidas ora propostas não causam qualquer prejuízo ao papel contramajoritário que a Suprema Corte, muitas vezes, é obrigada a adotar em suas decisões, sobretudo na proteção das minorias. Por outro lado, sob a ótica da separação dos Poderes, é inegável que as Cortes Constitucionais exercem considerável ascendência sobre os demais Poderes do Estado, sobretudo quando decidem sobre a aplicação ou não de leis elaboradas democraticamente por representantes eleitos pelo povo. Some a esse fato a possibilidade de ativismo judicial, caracterizado por uma conduta consistente na substituição do papel do legislador. É manifesto, também, o papel político, e não apenas jurisdicional, das Supremas Cortes. É nesse ambiente que surgem os debates a respeito da orientação político-ideológica de determinados Ministros. Nesse contexto, afigura-nos desarrazoado que um Ministro possa permanecer na Corte Suprema por longos trinta e cinco anos. É, sem dúvida, demasiado tempo (BRASIL, 2012, pp. 3-4).

Interessante que o deputado também cita para fundamentar sua proposta a utilização em diversas outras democracias da regra do mandato para os ministros da Suprema Corte, como na Alemanha, Portugal,

¹⁵² *In*: OLIVEIRA, Rafael Tomaz. A persistência do fator conciliador e a PEC 33. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>> Acesso em: 11 09 2017.

Espanha, Chile e Colômbia. Como as demais PEC's, a 143 também foi arquivada¹⁵³.

Vale mencionar por fim, que a proposta da reforma política em tramitação no Congresso Nacional agora em setembro de 2017, contempla também uma regra que prevê um mandato de 10 anos para os ministros da Corte Constitucional. Referida reforma, restou fora da votação da reforma política.

Em virtude de todo o exposto, percebe-se que há tempos o combate a uma Judicialização estrita ou ao ativismo judicial vem sendo propagado no Brasil e no mundo. Conforme exposto por Nazareno Fonteneles (2011), apesar da fragilidade legislativa e a necessidade de reformas, o STF não pode agir com intuito de preencher um “vácuo político”, e a reforma política não é o único modo de valorização do legislativo, outras medidas se impõem. Assim, alguns países, consoante mencionado, já conseguiram implementar reformas, restando ao Brasil ainda caminhar no sentido de se respeitar a separação de poderes e continuar o fomento ao ideal democrático.

3.2 TEORIAS DIALÓGICAS¹⁵⁴

Pelas críticas desferidas à supremacia judicial e às teorias que primam pelo legislativo como o poder mais apto a dar a última palavra sobre o sentido constitucional numa democracia, surgem as teorias dialógicas, as quais pretendem a partir da conjunção de diversos modos de se solucionar o impasse das teorias de última palavra, prezar por uma interação entre os poderes com o fim de se atingir o melhor sentido constitucional dentro de um cenário composto por três poderes, com o intuito de melhor fomentar o ideal democrático.

Para Conrado Hübner Mendes (2011) essas teorias, substancialmente:

[...] defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos

¹⁵³ Acompanhamento disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536351> Acesso em 11 set 2017.

¹⁵⁴ Essa corrente pode ser nomeada de diálogos constitucionais, bem como diálogos institucionais.

decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas.

Nesse sentido, expõe-se abaixo sobre a origem, conceito, espécies¹⁵⁵, bem como sobre mecanismos que podem demonstrar a recepção desse modelo em alguns países e no Brasil.

3.2.1 Proposições sobre Diálogos Institucionais

As teorias dialógicas¹⁵⁶ vêm se desenvolvendo por causa da crise enfrentada pela Jurisdição Constitucional como detentora da última palavra em vista, especialmente, de sua carência democrática, como também pelas críticas à detenção pelo poder legislativo do controle de constitucionalidade, notadamente porque as minorias restariam desprotegidas. As teses que compõem essas teorias se revestem especialmente de mecanismos que representam uma possível reação à supremacia das decisões judiciais políticas.

Assim, alguns autores, mesmo quando da edição de suas obras ainda não se falasse efetivamente em teorias dos diálogo institucionais/constitucionais, seus estudos acabaram por ensejar a elaboração desses argumentos ou foram caracterizados como

¹⁵⁵ Para tratar sobre espécies, utiliza-se neste trabalho uma sistematização feita por Christine Bateup. *In*: BATEUP, Christine. *The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**. N. 71, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>> Acesso em: 25 nov 2016.

¹⁵⁶ A utilização do termo diálogo é uma metáfora para determinar que não necessariamente apenas um poder pode deter a competência sobre o sentido constitucional. Na verdade, entre as instituições pode haver um diálogo. O conceito dessa palavra remete à ideia de discussão para se chegar a um determinado entendimento (Conceito da palavra diálogo disponível em: <<http://conceito.de/dialogo>> Acesso em: 20 mai 2017).

pertencentes a eles em momento posterior à elaboração de suas teses. Nesse sentido, válido esclarecer que Alexandre Bickel¹⁵⁷ pode ser considerado como um desbravador do estudo dialógico, segundo Mendes (2011), pois trouxe a ideia da dificuldade da contramajoritária¹⁵⁸ do Poder Judiciário, bem como intentou: i) diagnosticar como as cortes sobrevivem às investidas contestatórias a sua legitimidade democrática quando decidem em última palavra, já que seus membros não são eleitos democraticamente; e ii) trazer através de uma postura mais contida, uma interação com o Legislativo como uma forma mais aceitável para fins de se chegar a uma decisão constitucional democrática.

Assim, segundo Bickel (1962), quando decisões políticas precisam ser tomadas em uma democracia, dois fatores precisam ser observados, quais sejam: i) o seu efeito concreto imediato; e ii) sua relação com os valores duradouros que dão coesão e unidade à comunidade política. Dessa forma, para esse autor, um Tribunal Constitucional antes de decidir definitivamente precisa analisar as consequências imediatas e mediatas, e se necessário, estimular mais a deliberação se aquelas não se mostrarem vantajosas, especialmente porque a legitimidade jurisdicional restaria prejudicada, caso contrariasse a opinião pública. Assim, infringir-se-ia a democracia, por causa da utilização de julgamentos fortes de princípios. Logo, seria mais razoável ser mais tolerante para não perder sua força.

Desse modo, teorias dialógicas buscam impedir a supremacia de apenas um dos poderes, possibilitando o equilíbrio institucional. Com efeito, engendrariam decisões constitucionais mais democráticas, pois todos os poderes restariam legítimos à interpretação constitucional, em detrimento da supremacia judicial ou parlamentar, que distorce o desenho

¹⁵⁷ Importante também citar o estudo de Petre Hogg e Alisson Bushell de 1997, os quais se debruçaram sobre o os mecanismos da Carta Canadense de Direitos e os qualificaram como meios para restrição do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. In: HOGG, Peter W. Bushell, Alisson A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

¹⁵⁸ Interessante exaltar a crítica de Robert Dahl a esse caráter da Jurisdição constitucional. Para esse autor, o Judiciário não se revestiria dessas características, pois não defendia sempre minorias. Na maior parte de seus julgamentos, estão atrelados a interesses de grupos que representam maiorias, o que decorre de sua formação histórica posto a sua vinculação direta com o Executivo (forma de indicação) ou pelo receio de represálias do Legislativo. In: DAHL, Robert. *Decision a Making in a Democracy: the Suprema Cort as a national Policy-Maker*. **Journal of Public Law**, n. 6, 1957.

institucional de três poderes e desrespeita a legitimidade do autogoverno na tomada de decisões.

Bickel (1961) pauta, notadamente, virtudes passivas (de autocontenção) da corte, apesar de destinar à mesma também a interpretação de princípios. Porém, não deixa claro como se revestiriam pragmaticamente essas virtudes passivas¹⁵⁹, o que, segundo Mendes (2011), prejudica a força de seus argumentos.

Nesse sentido, outro autor que também ressalta a atuação mais comedida da Corte dentro de uma democracia deliberativa, é Cass Sustein (2001), cuja exposição prima por uma postura minimalista do Tribunal Constitucional. Isso especialmente porque ao se adotar o autogoverno e se ter uma sociedade pluralista alastrada de dissensos valorativos¹⁶⁰,

¹⁵⁹ Sobre uma postura minimalista da Corte, válido mencionar que uns dos primeiros autores a manifestar essa intenção, antecede Bickel, o qual é posteriormente seguido do por Sustein. Esse primeiro escritor, James Bradley Thayer, tratou a matéria no século XIX e asseverou que os estatutos legais somente poderiam ser invalidados se houver grande erro do parlamento. Esse equívoco deve ser muito claro e demonstrar a efetiva inconstitucionalidade da norma. Deve ser tão nítido que não se permite questionamento racional. Desse modo, o Tribunal poderia derrubar a lei (GADRBAUM, 2010).

¹⁶⁰ E esse dissenso também ocorre entre os ministros das Cortes Constitucionais. Interessante mencionar (sem querer exaurir uma comprovação empírica, já que nesta pesquisa não se fez um estudo pragmático de um objeto de estudo composto por decisões e fundamentação dos ministro do STF) uma afirmação feita pela ministra Cármen Lúcia, atual presidente do Supremo, acerca de processos que envolvem a liberdade de imprensa/expressão e seus valores pessoais, posto que demonstra um dos argumentos de Sustein (2005) acerca da influência das preferências pessoais nas decisões judiciais. Esse trecho consta em uma entrevista dada pela Ministra ao programa *Conversa com Pedro Bial*. Seguem trecho e referência: “Para mim, a liberdade não é uma circunstância, não é uma palavra, talvez eu tenha vivido tempo demais privada da liberdade[...] ter sido estudante de direito na década de 70, só quem esteve lá para saber o que era vontade de arrancar aquilo e de esguelhar qualquer coisa [...] Para mim, quando dizem: olha, você luta pela liberdade de imprensa, pela liberdade de expressão. Olha, eu luto por mim, eu não fui advogada de jornalista e sindicato por acaso [...] é que eu sei que ninguém pode viver sem liberdade – Bial: “então é a sua biografia e não teoria” -, não, não é, exatamente. Eu estou contando a história de mim mesma [...] o gosto da mordada sabe o gosto do falar [...]”. Essa reflexão e resposta da Ministra refletem claramente a influência de valores pessoais de na postura decisional de cada ministro dentro da Corte. O que não seria diferente dentro dos poderes políticos que são alastrados de pluralismo, porém esses permitem maior deliberação quantitativa, além de deterem a legitimidade e responsabilidade para

válido é que discussões políticas e morais profundas permaneçam sendo decididas pelo povo, representado pelos poderes políticos, os quais têm legitimidade e responsabilidade, ensejando e promovendo a participação e o debate público ¹⁶¹.

Para tanto, o que pode diferir Sustain de Alexander Bickel, segundo Mendes (2011) é o detalhamento dado por Sustain sobre o que poderiam ser as virtudes passivas de Bickel, isto é, estabelecer as atitudes que demonstrariam a autocontenção da Corte ¹⁶². Para Sustain (2001), que nomeia sua teoria de minimalismo judicial, as decisões do judiciário devem prezar pela superficialidade e estreiteza na hora das decisões. Ou seja, deve-se decidir dentro de um caso concreto, sem intenções ampliativas para composição de soluções gerais, já que o aprofundamento impede o acordo e favorece erros judiciais.

Nesse esteio, a doutrina minimalista estabelece que o supremo comportamento judicial deve se consubstanciar em uma dupla tarefa: a de deixar coisas não decididas e os acordos teóricos incompletos, pois com essas atitudes haveria o favorecimento do diálogo com as outras instituições, pois acenderia a chama para novas discussões e deliberações nos outros âmbito sociopolíticos, já que não se aprofundariam em teses abstratas, nem em decisões ampliativas que poderiam ensejar em custos democráticos altíssimos ¹⁶³.

a tomada de decisões que refletem questões eminentemente de Estado, diferentemente do caráter do independente, vitalício e sem *accountability* do Poder Judiciário. **(Presidente do Supremo, Carmén Lucia é entrevistada por Pedro Bial no Programa Conversa.** Youtube, 2017, 12'53'' a 14'20'' Entrevista disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=D7ai5sJYoSU>> Acesso em 20 set 2017.

¹⁶¹ “Certo é que através de processos representativos, vozes novas ou submersas, ou novas representações que mostrem a origem dos interesses e o que eles são, de fato, possam ser ouvidas e compreendidas” (SUNSTEIN, 1994, p. 182-183).

¹⁶² Para Peters (2000) a diferença também se reflete porque as virtudes passivas de Bickel objetivavam proteger a própria Corte, caso adentrasse demais nos campos políticos, pois assim sua legitimidade seria questionada. Já Sustain, preza pela democracia, pluralismo e democracia, protegendo mais poderes políticos.

¹⁶³ Mendes se manifesta sobre essas formas minimalistas ao asseverar que: “Entre um e outro há oscilações de grau, não de tipo. Ambos estão mirando o diálogo e a democracia. Um, por meio de uma participação judicial mais substantiva. O outro, por meio de provocações e pelo “uso construtivo do silêncio”. Este prefere devolver o problema, levantar perguntas, exigir clareza das definições ambíguas do legislador” (2011, 51/236).

Contudo, há de se ressaltar o viés substancial do minimalismo, que corresponde a um núcleo essencial mínimo constitucional que deve ser consenso entre os tomadores de decisão, pois mesmo havendo dissenso valorativo entre pessoas de origens díspares, quanto a esse núcleo, há convergência. O conteúdo essencial para Susteain foi didaticamente citado por Destri, correspondendo, pois, a (o):

i) proteção contra prisão injusta; ii) proteção do dissenso político; iii) direito ao voto; iv) liberdade religiosa; v) proteção contra invasão da propriedade; vi) proteção contra o abuso policial em face da pessoa ou da propriedade; vii) governo das leis, abrangendo garantias como anterioridade e irretroatividade das leis, princípio da estrita legalidade, princípio do juiz natural, princípio do contraditório e da ampla defesa, e direito de recorrer; viii) proibição de tortura ou qualquer abuso por parte do governo; ix) proteção contra a escravidão ou qualquer tipo de subordinação em função da raça ou sexo; e, x) proteção substantiva do corpo humano contra interferências do governo (2009, p. 129).

Assim, mesmo prezando por uma maior superficialidade e estreiteza na hora de decidir, para não se aprofundar em questões que incitam grandes discussões sociais e morais, o Judiciário já deve ter como parâmetro conteúdos constitucionais já solidamente ancorados, porém não taxativos para Susteain (2001) já que pode ser inserido um ou outro direto com a evolução social, para fins de não se violentar os direitos individuais. Desse modo, naquelas situações que prevalece o dissenso social, não há como se prevê as consequências das decisões judiciais, logo, não se pode conceber que o Tribunal Constitucional representa a melhor forma de deliberação democrática. Na verdade, nesses casos de profunda discussão, o legislativo acaba por se sobressair. Reitere-se, a invalidade de decisões políticas através do Poder Judiciário é permitida, quando fundada nos preceitos fundamentais democráticos, especialmente nos relacionados acima, o que remanesce restrito aos minimalistas é a

inserção em âmbitos políticos polêmicos¹⁶⁴ e o desenvolvimento atípico da função legislativa.

Além do mais, Sustain (2001) ressalta a existência de outros fatores que promovem a postura minimalista, como a carência de informação, a exiguidade de tempo, a pressão posta sobre a Corte e o desacordo entre os julgadores. Destarte, ao tempo em que se mostram essas circunstâncias, com uma decisão maximalista, não haveria como suas consequências serem aferidas e quantificadas, o que gera um risco ao regime democrático e à segurança jurídica¹⁶⁵.

Por outro lado, Neal Kumar Katyal (1998) não estabelece que a corte necessite ser eminentemente prudente, passiva, pelo contrário, esta

¹⁶⁴ Vale mencionar uma didática passagem acerca da legitimidade da invalidação de normas pelo poder judiciário: “Ao decidir que uma lei que pretenda regular, por exemplo, o discurso na internet, deve ser clara e específica, a corte estará, em certo sentido, promovendo processos democráticos. Neste caso, estará a exigir que o parlamento legisle com mais especificidade já que uma mera proibição de discurso “indecente” é inconstitucional por ser demasiadamente vaga. Da mesma forma, se a corte diz que qualquer discriminação contra homossexuais deve ser fundada em alguma justificativa razoável, ela estará promovendo deliberação política e garantindo que as leis não sejam simplesmente produto de preconceito (DESTRI, 2009, p. 136). Pertinente também relembrar menção feita por Nelson Nery Júnior sobre o reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132) e o efeito vinculante desta decisão: “Se os legisladores acham que pode casar homem com homem, mudem a Constituição. Isso não pode ficar a cargo do Judiciário porque os deputados não querem desgaste com a bancada evangélica. São os ônus do Estado de Direito. Quem faz lei é o Congresso, não é o presidente, nem o Supremo. O ativismo [judicial] é outra imbecilidade que inventaram e que estão apoiando. Essa história de “Supremo protagonista” é contra o Estado de Direito, isso é autoritário, o Supremo não pode mudar a Constituição. Ele não foi eleito pelo povo para mudar a constituição, só pode decidir o caso concreto” (Entrevista feita pela revista eletrônica Conjur com o jurista Nelson Nery Júnior. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-ner-y-junior-professor-advogado-parecerista>> Acesso em: 1 set 2016).

¹⁶⁵ “Uma abordagem mais lenta e mais evolutiva, envolvendo a acumulação de julgamentos caso a caso, poderia produzir menos erros em equilíbrio, uma vez que cada decisão seria devidamente informada pela compreensão de fatos particulares” (SUSTEIN, 2001, p. 49). Mesmo a utilização do argumento da possibilidade de erro pelos julgadores e a não aferição de suas consequências, há ressalvas feitas por Sustain quando alguma matéria de cunho mas substantivo exige um posicionamento mais amplo como a melhor conduta. Isso é, nesses casos, pode-se entender como as proposituras convergentes que devem ter os ministros quando tratam do núcleo essencial constitucional.

instituição precisa atuar a fim de instigar o diálogo. Nesse caso, ressalta a ineficácia do uso do silêncio ou dos mecanismos para não decidir. Hübner Mendes (2011, p. 67/236), parafraseando referido autor, tece:

[...] o diálogo não será melhor se a corte ficar em silêncio, mas se fizer recomendações, cogitações, argumentação hipotética e analógica, todas de natureza não vinculante. Este admite, portanto, o desafio legislativo, mas lança-lhe um ônus argumentativo.

Desse modo, as teorias dialógicas se aclaram através de diversas ramificações e autores¹⁶⁶, que muitas vezes possuem fundamentos próprios, porém todas elas tentam conquistar um equilíbrio na coexistência entre Constitucionalismo e Democracia, entre poder político e um ameno controle de constitucionalidade. Segundo Oliveira (2016, p. 99) as principais características desses grupos, seriam a:

[...] objeção à visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da Constituição; refutação da existência de uma última palavra no controle de constitucionalidade; previsão de alguma forma de controle político para a hipótese de uma eventual transgressão de direitos; autorização do controle de constitucionalidade como opção ao desacordo político; previsão de meios institucionais para que pessoas se oponham às decisões dos tribunais, das quais discordem, por meios alternativos que não

¹⁶⁶ Inclusive traz um pouco da ideia de constitucionalismo cooperativo, a qual se apresenta como o cooperativismo interestatal em vista da transnacionalização. A comunidade mundial sem fronteira exige contornos regulamentares que abracem a sua evolução exponencial. Desse modo, a ideia desse constitucionalismo remete a submissão dos estados a um organismo transacional comum, porém sem renúncia total à Soberania. De acordo com Peter Häberle (2003, p. 75-77) os estados permaneceriam com suas competências constitucionais, porém inclinados à interação internacional, abandonando a ideia de Soberania clássica para o modelo cooperativo. Sobre o assunto : HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003; VALADÉS, Diego (Org). *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle*, Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009.

apenas a emenda constitucional ou a recomposição da Corte.

A enumeração acima é feliz em demonstrar como a doutrina constitucionalista intenta solucionar ou amenizar as tensões germinadas pelo fenômeno de protagonismo dentro de democracias que trazem o desenho institucional de três poderes. De fato, o repúdio à teoria de última palavra ao Judiciário, deve-se, notadamente, à violação ao regime democrático, que é tão caro para o Estado de Direito. Porém, ao mesmo tempo se enaltece que ao preceito democrático é inerente o controle das decisões, o que legitima o instituto do controle de constitucionalidade.

Contudo, mesmo a teoria dialógica reconhecendo a legitimidade do Judiciário para desenvolver esse mecanismo de controle, não significa um ultimado sobre o sentido constitucional (a última palavra), mas apenas mais um instrumento a ensejar uma interlocução entre as instituições, as quais poderão se manifestar e deliberar dentro de um sistema que deve ter como parâmetro o balanceamento institucional do sentido constitucional. Em outras palavras, como as teorias dialógicas prezam pela interlocução entre os poderes de uma república, isso não impõe a destituição de um controle de constitucionalidade pelo Judiciário nos países que adotam esse modelo, significa apenas que esse instrumento seria mais restrito, mais fraco, já que haveriam modos dos outros poderes se oporem à decisão de controle.

Esse modelo dialógico, entreja-se como uma terceira via, por trazer características diferentes (ou mesmo conciliar/mitigar características) da supremacia judicial ou proeminência legislativa. Pode ser chamado (ou fazem parte de seu conteúdo) também o chamado modelo da Carta de Direitos parlamentar¹⁶⁷, modelo de controle de constitucionalidade fraco¹⁶⁸, modelo constitucional do *Commonwealth*¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Sobre o assunto. In: HIEBERT, Janet L. Parliamentary Bills of Rights: na alternative model? **The modern law review**, v. 69, n. 1, p. 7-28, 2006. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=875071> > Acesso em 07 jul 2017.

¹⁶⁸ Sobre o assunto: In TUSHNET, Mark. **Weak courts, Strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princenton: Princeton University Press, 2008.

¹⁶⁹ Sobre o assunto: In GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A fim de compreender melhor o desenvolvimento das teorias dialógicas numa democracia republicana representativa, didática é a sistematização feita por Christine Bateup (2006), a qual inicia delimitando uma distinção entre as teorias de última palavra e os diálogos institucionais. Pois a primeira se volta muitas vezes para um contexto mais interpretativo, o que difere do viés utilizado pela segunda¹⁷⁰, que se atém à quem deve decidir sobre o sentido constitucional num arranjo de tripartite de poderes. Estabelece, assim, uma metodologia sistemática das diversas abordagens existentes, dividindo-as em dois grandes grupos: i) teorias do método judicial e ii) as teorias estruturais do diálogo.

3.2.1.1 Teorias do método judicial

No que toca às *teorias do método judicial*, consubstanciam-se naquelas vertentes que estabelecendo um método (viés prescritivo), com técnicas para decidir, que impulsionam as discussões entre os poderes. Bateup (2006), porém, já estabelece que esse método é criticado, pois essas investidas incitatórias nem sempre são eficazes para lidar com os desdobramentos constitucionais das normas positivas. Os principais

¹⁷⁰ “Em contraste com as teorias de interpretação que propõem critérios que os juízes devem aplicar em casos constitucionais, as teorias do diálogo focam no processo institucional através do qual as decisões sobre o significado constitucional são feitas sugerindo a elaboração compartilhada de significado constitucional entre os Judiciário e outros atores. Esta abordagem tem o potencial de resolver preocupações contramajoritárias devido ao seu reconhecimento de que os atores não judiciais também desempenham papel fundamental na interpretação constitucional. Especificamente, as preocupações de que a revisão judicial necessariamente põe os juízes contra os ramos de governo eleitoralmente responsáveis serão atenuados se os ramos políticos puderem responder às decisões judiciais com as quais eles discordam”. Tradução literal de: “In contrast to theories of interpretation which propose interpretive criteria that judges should use in constitutional cases, dialogue theories focus on the institutional process through which decisions about constitutional meaning are made, suggesting that this involves the shared elaboration of constitutional meaning between the judiciary and other actors. This approach holds the potential to resolve counter-majoritarian concerns because of its recognition that non-judicial actors play a key role in constitutional interpretation. Specifically, the concerns that judicial review necessarily sets judges against the electorally accountable branches of government are greatly attenuated if the political branches are able to respond to judicial decisions with which they disagree” (BATEUP, p. 11).

ramos apontados nesse grupo são o do *conselho judicial*, *teoria da centralidade no processo*¹⁷¹ e do *minimalismo judicial*¹⁷².

Sobre a vertente do *conselho judicial*¹⁷³, pode-se dizer que o poder Judiciário estabelece em suas decisões orientações de como os outros poderes podem atuar para se perseguir/ respeitar um conteúdo constitucional contemporâneo, que pode se dá em duas etapa: i) através da invalidade de uma lei, seguida por um roteiro ao poder competente para fazer a mudança legislativa especialmente, através de alguma mudança de legislação pós orientação judicial; ii) o judiciário pode manter a validade da lei/norma, porém orientar que os poderes políticos especifiquem detidamente o alcance do dispositivo/legislação¹⁷⁴¹⁷⁵. Essas

¹⁷¹ Segundo seus adeptos, proporciona-se ao legislativo uma segunda oportunidade para análise do sentido constitucional, e, por conseguinte, posterior e nova avaliação pelo Judiciário a fim de averiguar a harmonia de entendimentos. Dentro desse contexto, remete-se o leitor para um caso antigo sobre COSIP, no RE 573675. Que demonstra justamente essas atitudes entre os poderes.

¹⁷² Exponentes: Cass Sustein e Alexandre Bickel.

¹⁷³ Como expoentes dessa corrente, ver: KATYAL, Neal Kumar. Judges as Advicegivers. Georgetown University Law Center. 50 Stan. L. Rev. 1998, pp. 1709-1824. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2746&context=facpub>> Acesso em 30 agos 2017.

¹⁷⁴ “[...]essas técnicas permitem que os juízes enviem avisos claros para Congresso sobre a potencial inconstitucionalidade de sua política atual e futura escolhas, para que os legisladores possam evitar cursos políticos de ação "repletos de perigo constitucional” (BATEUP, 2006, p. 18) .

¹⁷⁵ Nesse ínterim, pertinente mencionar uma decisão do STF no caso do Benefício de Assistência Social – BPC no bojo dos Recursos Extraordinários 567985 e 580963, que seguiu a primeira forma do conselho judicial, posto que invalidou a norma, porém restou ao legislativo a modificação legislativa. Senão, veja-se: Por maioria de votos, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Conforme asseverou o ministro, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, a norma passou por um “processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas”. Com esses argumentos, o ministro votou pela improcedência da reclamação, consequentemente declarando a inconstitucionalidade incidental do artigo 20, parágrafo 3º, da LOAS. Assim, diante da nova concepção pretoriana, o critério para aferir a miserabilidade econômica dos beneficiários deve ser o de meio

técnicas dialógicas mostram como o Tribunal pode ser o “fiel servo do constitucionalismo” e atuar como parceiro da legislatura no mesmo tempo, criando um diálogo e amenizando a força do controle de constitucionalidade¹⁷⁶, já que haveria a proteção de direitos, mas não a usurpação política.

Entretanto, segundo Bateup (2006), esse método é questionado, notadamente, por duas circunstâncias: i) ao se entender que ao Judiciário cabe a concessão de conselhos, ele se encapa com uma capacidade superior ao parlamento quanto a exegese de determinados direitos constitucionais; ii) pois suspeita do poder político para decidir questões políticas. Desse modo, enfrenta-se o mesmo problema da legitimidade democrática para proferir tais conselhos, já que aos poderes políticos não restaria a confiabilidade para tratar sobre questões constitucionais importantes¹⁷⁷.

Acerca da *teoria da centralidade no processo*, Bateup (2006) assevera que para esse grupo, não haveria a concessão de conselhos aos ramos políticos, o Judiciário apenas averigua se no procedimento de produção das normas foram verificadas questões constitucionais substantivas, se realmente houve deliberação e clareza na hora da edição das normas pelo legislativo. Nesse sentido, vale citar a teoria do

salário mínimo, em detrimento do defasado parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Impende mencionar que não foi declarado efeito *erga omnes* para essa decisão, mas foi feita uma modulação de efeitos para que o legislativo se adequasse a esse entendimento constitucional. Logo, vê que através do mecanismo de modulação de efeitos o judiciário pode incitar o legislativo a deliberar sobre determinado sentido constitucional.

¹⁷⁶ “[...] Este conselho é particularmente útil quando o Tribunal toma o último passo para derrubar um estatuto, pois revela os limites da opinião, mantendo a fidelidade constitucional. Esse conselho, além disso, é um passo importante na criação do diálogo cooperativo entre os ramos e pode suavizar o golpe da revisão judicial” (KATYAL, 1998, p. 1794).

¹⁷⁷ “Enquanto os juízes não podem imediatamente derrubar legislação que não satisfaça seus entendimentos constitucionais, seu conselho é uma forma de avisar ativamente que eles o farão no futuro se a legislação não é alterada de acordo com as normas aceitáveis para o Tribunal. Consequentemente, um pouco do que suportar uma verdadeira troca dialógica de ideias entre iguais, ou mesmo a criação de maior espaço para os ramos políticos deliberarem de forma independente sobre questões de significado constitucional, o aconselhamento simplesmente encoraja os ramos políticos para fazer o que o judiciário diz” (BATEUP, 2006, p.22).

segundo olhar estabelecida por Guido Calabresi¹⁷⁸, pois em determinadas circunstâncias os poderes políticos podem agir pela pressa, inconsistência e falta de profundidade ao decidirem sobre direitos constitucionais, sendo imposto a invalidade pelo Judiciário a fim do legislador ter um segundo olhar sobre a sua decisão. Nesse sentido:

[...] quando a legislatura agiu com pressa ou se esconde de forma que possivelmente infrinja mesmo na penumbra dos direitos fundamentais, os tribunais devem invalidar a lei possivelmente ofensiva e forçar a legislatura a tomar um "segundo olhar" com os olhos das pessoas nela. De acordo com essa concepção, os juízes têm que oferecer definições provisórias de direitos - caso contrário, os juízes não teriam como saber da pressa legislativa ou o esconder direitos implicados. Ao mesmo tempo, tais definições provisórias podem ser contrariadas pelas legislaturas se reencontrarem a controversa provisão abertamente. Nesses casos, o contador legislativo é válido apenas por um tempo limitado. Em certo ponto - se a lei continuar a implicar possíveis direitos fundamentais - novos políticos em um novo conjunto de circunstâncias, e com um novo conjunto de pessoas olhando para eles, deve reafirmar a lei possivelmente ofendida” (CALABRESI, 1991, pp. 104-105).

Apesar dos juízes se eximirem de decidir sobre os direitos constitucionais que foram desenvolvidos de forma superficial, permitindo assim a participação do legislativo numa nova análise constitucional¹⁷⁹ (o que, segundo Bateup, já seria uma evolução em relação à teoria do conselho judicial), ainda assim, restaria a superioridade judicial quando este poder passasse a aferir o real significado de questões constitucionais

¹⁷⁸ Sobre o assunto mencionado, ver: CALABRESI, Guido, Forward: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *The Supreme Court 1990 Term* (1991). **Faculty Scholarship Series**. Paper, 2010, pp. 80-151. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010> Acesso em 21 set 2017.

¹⁷⁹ “O papel correspondente dos ramos políticos neste diálogo é responder às decisões judiciais de forma aberta, fundamentada e cuidadosa e fazer futuras decisões políticas com níveis adequados de cuidados e deliberações” (BATEUP, 2006, p. 24).

profundas em detrimento da análise política já feita (e não necessariamente esse segundo olhar seria mais oportuno ou menos custoso)¹⁸⁰, o que remanesceria nas mesmas críticas de desrespeito ao regime democrático.

Quanto à *teoria minimalista*¹⁸¹, vale ressaltar que se trata de uma vertente classificada também dentro das teoria de autocontenção ou restrição judicial (*self-restraint*), pois impõe um comportamento restrito ao Tribunal Constitucional¹⁸². Segundo Bateup, diferentemente das duas acima expostas, a Corte não aconselharia através de orientações os poderes políticos ou incitaria ativamente o diálogo, ela recuaria na hora de decidir, porquanto, segundo os representantes dessa vertente, em vista do dissenso valorativo nas sociedades plurais, um poder não democrático não teria melhores condições de decidir do que os representantes do povo.

A maior crítica da autora às teorias do método judicial se mostra na indagação: por que apenas através da postura/mecanismos judiciais seria possível a incitação de um diálogo, já que aos outros poderes também é concedida a mesma legitimidade para a interpretação constitucional? Dessa forma, estabelece que há outro grupo que preza pela deflagração de atitudes políticas a fim de iniciar/prover também a interação dialógica, que se caracteriza no gênero das teorias estruturais do diálogo, a qual engloba as seguintes espécies: a *teoria da construção*

¹⁸⁰ “Embora as decisões judiciais que utilizem essas regras deixem espaço para julgamento político independente e ação, na prática, os ramos políticos podem encontrar dificuldades substanciais na revisão de suas decisões anteriores. Isso significa que em muitas circunstâncias, será improvável que eles possam tomar uma "Segundo olhar" nas decisões políticas, mesmo que o judiciário os deixe com a oportunidade para fazê-lo. Por exemplo, o equilíbrio político que existia no momento da promulgação de um estatuto pode ter mudado, tornando mais difícil a legislatura atingir Consenso sobre o assunto em questão. Além disso, a questão pode não ter mais saliência política, nem ser considerado suficientemente importante, para justificar a adoção de mais tempo legislativo. Como resultado, a teoria do diálogo constitucional baseada no processo centrado As regras podem não deixar tanto espaço para julgamento político independente quanto primeiro” (BATEUP, 2006, p. 26)

¹⁸¹ Remete-se o leitor ao início deste item.

¹⁸² Essa vertente foi qualificada como pertencente às teorias dialógicas, pois com uma postura autocontida da Corte, a outros setores políticos e sociais ainda restariam a capacidade de deliberação sobre a matéria posta sob discussão judicial. Assim, possibilita-se a continuidade e interação institucional, conforme se infere do já exposto ao se tratar especificamente sobre o minimalismo de Cass Sustein.

coordenada, teoria dos princípios jurídicos, teoria do equilíbrio e teoria da parceria.

3.2.1.2 Teorias estruturais do diálogo

Acerca da *teoria de construção coordenada*, importante mencionar nomes como Louis Fisher¹⁸³, Keith Whittington¹⁸⁴ e J. Mitchell Pickerril¹⁸⁵, os quais utilizam a teoria da constituição coordenada de James Madison e Thomas Jefferson para caracterizar um modo interativo entre as instituições. Para essa coordenação, haveria na própria constituição a delimitação de poder, competência e independência dos poderes tendo cada um, a responsabilidade que lhe compete. Assim, aqueles autores retomaram esses ditames para estabelecer uma forma coordenada de tomada de decisões pelas instituições. A decisão não é totalmente independente, pois quando não houver acordo institucional, as decisões da corte podem ser entendidas como uma interlocução e o Tribunal também pode ser instado a se manifestar quando da tratativa de questões controversas, em uma nítida exiguidade de dominação entre poderes¹⁸⁶. Olivera (2016, p. 106) obtempera que “as Cortes, continuamente são avaliadas e provocadas enquanto não houver decisões que desfrutem de um mínimo consenso deliberativo”. Nesse sentido, válido as conclusões de Fisher e Devins:

A principal alternativa à exclusividade judicial não é "anarquia interpretativa" com cada funcionário

¹⁸³ Sobre o assunto: FISCHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

¹⁸⁴ Sobre o assunto: WHITTINGTON, Keith. *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Response*. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001.

¹⁸⁵ Sobre o assunto: PICKERRIL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a Separated System*. Duke University press, 2004.

¹⁸⁶ “[...] concentrar a autoridade interpretativa completa no Tribunal criaria instabilidade política e prejudicaria a base frágil que suporta e sustenta o poder judicial. Em vez de sugerir que o judiciário possa resolver de forma decisiva questões tão contenciosas como o aborto, a ação afirmativa, o federalismo, a privacidade, a discriminação baseada na raça e a liberdade religiosa, o registro dos últimos dois séculos aponta para um papel mais modesto e circunscrito para os tribunais (FISHER, DEVINS, 1998, pp. 84-85).

público em todos os níveis de governo fazendo julgamentos independentes da Constituição. Nem existe qualquer evidência de que o objetivo principal da Constituição fosse conquistar uma autoridade interpretativa final em um único ramo. O valor primordial dos autores era um sistema de verificações e contrapesos antitéticos atribuir a qualquer ramo um monopólio sobre a constituição de valores. O resultado, desde o início, foi "construção coordenada", com cada ramo capaz e disposto a fazer constitucionalismo independente de interpretações. Esse sistema sofreu mais do que dois séculos sem se deteriorar em anarquia interpretativa. Nenhuma instituição, incluindo o judiciário, tem a palavra final em questões constitucionais. É esse processo de dar e receber e respeito mútuo que permite que o tribunal não eleito funcione em uma sociedade democrática. Ao aceitar uma troca aberta entre os ramos, as três instituições são capazes de expor fraquezas, excessos sob controle e gradualmente forjar um consenso sobre a constituição valores. Ao participar deste processo, o público tem uma oportunidade de adicionar legitimidade, vitalidade e significado ao que poderia de outra forma, seja um documento estranho e de curta duração (FISHER, DEVINS, 1998, p. 106).

Já Whittington (2001), ressalta a importância da interpretação extrajudicial, isto é, pelos atores políticos, consubstanciando que todos os intérpretes constitucionais estão sob o mesmo patamar. Pois, a interpretação constitucional ocorre sob diversas formas, sendo, portanto, realizada por uma série de atores, não devendo os poderes políticos apenas orientarem os juízes, mas se imergirem conscientemente na sua competência para interpretação constitucional¹⁸⁷.

¹⁸⁷ “Uma reconsideração da interpretação constitucional extrajudicial também se move além da tarefa estreita de orientar os juízes. Ele concentra nossa atenção não apenas sobre como os juízes devem interpretar a Constituição, mas também sobre como os atores não judiciais devem e devem interpretar a Constituição. A interpretação constitucional extrajudicial é valiosa em porque incentiva uma sensibilidade constitucional entre os políticos atores. Os atores políticos não judiciais não devem se contentar em delegar a tarefa de entender e preservar os

Não obstante, mesmo sendo uma vertente que tenta favorecer a igualdade e independência institucional, seus adeptos, não dispuseram descritiva ou normativamente como ocorreria o diálogo, bem como que esse modo pode se revestir em uma competição entre os poderes, o que enseja na dúvida se a mútua concorrência é a forma ideal para se chegar ao melhor sentido constitucional¹⁸⁸.

A vertente da *teoria dos princípios*, liga-se à vertente dworkiana em parte, pois aceita o Judiciário como legítimo para tratar de questões de princípios, porquanto desempenharem uma expertise, uma função especial. Sem embargo, diverge quando se estabelece que ali não finalizaria a discussão, porquanto há possibilidade de correção da decisão pelos outros poderes, caso seja identificado erro na exegese judicial. Essa teoria divide-se em: *Princípios e controle político sobre a corte* e *Princípio e articulação legislativa*, esta, por sua vez, estabelece que só se começa o diálogo quando o legislativo efetivamente pratica algum ato que enseja a rodada procedimental deliberativa.

Na primeira, ressalta-se os ensinamentos de Bickel (1961, 1962), que apesar de reconhecer a capacidade judicial para tratar sobre princípio em vista de sua expertise, já que aos juízes caberiam a “melhor voz da razão”, porém eles deveriam ter cuidado com os “elementos de explosão”, isto é, algumas matérias eles não poderiam decidir, em vista da complexidade sociopolítica, seria melhor o desempenho de virtudes passivas. Assim, seria estratégico para a proteção do próprio Tribunal provocar o parlamento, representante do povo, a decidir.

Aqui, entende-se que há real legitimidade da função exegética do Tribunal Constitucional, porém, em determinada circunstância que envolve polêmica, caso o Tribunal errasse na hora de decidir, o controle político poderia ocorrer através de: restrições à apelação ao tribunal, reedição de leis que corrigem a decisão judicial, restrição de efeitos decisórios da Corte, emendas à Constituição, procedimentos específicos

nossos mais fundamentais valores políticos e compromissos para uma única instituição especializada. Eles devem ser encorajados a assumir sua própria responsabilidade para mantendo o governo constitucional” (WHITTINGTON, 2002, p. 850)

¹⁸⁸ “Se as partes meramente lutam por seus pontos de vista para serem aceito e o partido mais forte ganha, parece mais com uma aquiescência, em vez de o acordo duradouro como o resultado. Em contraste, alcançando respostas estáveis e mais amplamente aceitas parecem mais viáveis, se as diferentes partes dialogarem ativamente na discussão de seus pontos de vista e aprender com as perspectivas dos outros” (BATEUP, 2006, p 40).

na forma de nomeação dos juízes, espaço para exposição da interpretação do legislativo, como exemplo da cláusula constante na seção 33 da Carta de Direitos do Canadá, exposta mais à frente neste trabalho¹⁸⁹.

Desse modo, apesar de se ressaltar a legitimidade dos poderes políticos para controle da Corte, ainda emerge a crítica de Bateup (2006), em torno dessa tendência, confluindo para o desrespeito democrático, posto que a legislatura, nas questões de princípios, deveria se curvar ao entendimento de um grupo de ministros que não foram eleitos pelos detentores do poder, pois não é comprovado que aos magistrados caberia melhor essa função¹⁹⁰. Além de ser carente empiricamente, posto não revelar uma teoria da interpretação para se efetivamente diagnosticar os erros judiciais.

A segunda subespécie da teoria dos princípios é a do *Princípio e articulação política do legislativo*. Essa ramificação traz as mesmas características da anterior, porém, ao invés de dizer que haverá controle efetivo do legislativo sob decisões judiciais, afirma que ao legislativo também cabe a contribuição substantiva na interpretação constitucional, remanescendo a ambos os poderes uma interação recíproca de respeito e deliberação¹⁹¹. Kent Roach (2004), qualificado como expoente dessa

¹⁸⁹ O procedimento decisório poderia ser demonstrado, na palavra de Bateup: “Em primeiro lugar, os eleitoralmente responsáveis ramos do governo fazem uma escolha política sobre um determinado problema. O Tribunal avaliará essa escolha de política e aceita ou rejeita por motivos fundamentados. Finalmente, se o Tribunal rejeitar a escolha da política, os ramos políticos podem responder a essa decisão: “tolerando-a, ou se a decisão não for aceita ou aceita completamente, moderando ou mesmo desfazendo-a”, através do uso de verificações políticas. Como resultado deste processo dialético, e devido ao papel de princípio do Tribunal dentro desse processo, “o que emerge é uma moralidade política muito mais autocrítica do que seria de outra forma, e, portanto, provavelmente uma moral política mais madura também”, o que estaria destinando-se a respostas mais corretas (2006, p. 45).

¹⁹⁰ Esse argumento geralmente se baseia no fato do insulamento político do Judiciário e as vantagens institucionais, como independência, vitaliciedade (BATEUP, 2006, p. 47). Esses argumentos são facilmente contra-atacados em vista da real evolução histórica do constitucionalismo e do judiciário e à vinculação de interesses de grupos específicos, bem como aos próprios interesses dos julgadores. Inclusive o próprio Bickel (1975) rever sua ideia sobre a capacidade judicial para tratar sobre princípios m vista da influência das opiniões pessoais dos magistrados nas suas decisões.

¹⁹¹ “Enquanto o Tribunal se envolve com a legislatura em relação a questões de princípio, o legislador, por sua vez, envolve o Tribunal em relação à forma como

vertente, chama-a de revisão judicial dialógica e, assim, como Peter Hogg e Alison Bushell¹⁹², utiliza como exemplo as seções 1 e 33 da Carta canadense como exemplo de ativa participação legislativa. Na prática, percebe-se que ambas as subespécies desaguam nas mesmas soluções e críticas.

A *teoria do equilíbrio* também reconhece o mérito dado ao Judiciário no que alude aos julgamentos de princípios, ressaltando a revisão judicial como uma função mediadora para fins qualitativos da decisão constitucional. À matéria, Oliveira:

Não se cuida de estrutura em que juízes falam e o legislador apenas escuta, em que um determina e o outro apenas reverencia. Quando escolhe dada interpretação, a Corte desperta a discussão – resultado inevitável de uma decisão constitucional controversa – passível de acaloramento ou não pelo Judiciário. Ali está uma mentirosa estabilidade (2016, p. 110).

O grande nome dessa linha de pensamento é Barry Friedman¹⁹³, o qual reconhece o papel significativo da Corte na interpretação constitucional para fins de favorecer o diálogo, através da *judicial review*. Sem embargo, caso se afaste do âmbito de aceitabilidade dos outros ramos políticos e dos cidadãos, esse poder sofrerá restrições políticas e reações populares. A opinião pública para o autor é a maior força fiscalizatória da Corte¹⁹⁴. Quando há a participação de toda a sociedade no diálogo, as respostas constitucionais são mais amplamente aceitas e duradouras.

os objetivos políticos podem ser melhor alcançados e por que os limites aos direitos podem ser necessários em contextos particulares. Se o Tribunal, no entanto, decidir invalidar as disposições legais, isso não precisa frustrar as agendas legislativas, já que as legislaturas podem responder "criando uma resposta que seja devidamente respeitável aos valores da Carta que respondem às decisões judiciais invalidando as disposições legais, o Congresso retém margem de manobra semelhante para promulgar nova legislação em um esforço para alcançar seus objetivos, ao mesmo tempo que leva em conta os pronunciamentos do Tribunal sobre os valores constitucionais. (BATEUP, 2006, p. 53).

¹⁹² Ver nota 157.

¹⁹³ Sobre o assunto: FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and Judicial Review**. Michigan Law Review, v. 91, 1993, pp. 577-682.

¹⁹⁴ “Quando os juízes não parecem mais estar corretos, as pessoas pressionam para mudanças judiciais. Intuitivamente, pelo menos, os juízes sabem disso. Isto

Nesse sentido, tece sobre concepções como constitucionalismo dialógico ou constitucionalismo popular mediado, cujos preceitos, apesar de não identificar o Judiciário como detentor supremo do sentido constitucional, propugna que, quando ele leva em consideração a opinião pública, a sua função interlocutória se torna mais digna e honrada dentro de uma democracia¹⁹⁵.

Por fim, *a teoria da parceria*, ratifica que não há hierarquia entre os sentidos dados à constituição pelos diferentes exegetas, sejam judiciais ou não judiciais. Logo, não há prioridade à interpretação judicial. Esta é útil, porém ao parlamento é cabível interpretar e dar respostas às decisões judiciais a fim de fomentar o diálogo, especialmente através de mais responsabilidade na hora de suas decisões, bem como com razões consistentemente fundamentadas na Constituição¹⁹⁶. Como representante dessa categoria, ressalte-se Janet Hiebert¹⁹⁷, a qual escreve no contexto

não se destina a diminuir o valor das teorias normativas de interpretação constitucional. Pelo contrário, a ideia de diálogo encoraja tais teorias, para serem usadas como argumentos no próprio diálogo” (FRIEDMAN, 1993, p. 680).

¹⁹⁵ Verifica-se essa teoria no caso das concessões de remédios de alto custo ou não aprovados pela ANVISA, no voto do ministro Roberto Barroso (Recursos Extraordinários 566471 e 657718). “Ele também destacou a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec. Tal diálogo, conforme o ministro, deverá ser exigido em um primeiro momento para verificar a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes – Conitec e o Ministério da Saúde – avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS mediante manifestação fundamentada” (STF, 2016, p. 1/3).

¹⁹⁶ “Um registro parlamentar transparente do debate, onde as escolhas legislativas são justificadas especificamente nos fundamentos da Carta, proporcionará aos advogados do governo um registro muito mais rico para aproveitar ao defender a legislação. Além disso, de um exame parlamentar mais cuidadoso virá uma legislação mais razoável. De um debate parlamentar mais consciente e transparente, a razoabilidade das decisões legislativas também se tornará mais evidente. Por ambas as razões, os tribunais terão menos motivos para reservar legislação”. (HIEBERT, 2000, p. 14)

¹⁹⁷ Sobre o assunto, ver obras: HIERBERT, Janet. **Enriching Constitutional Dialogue: Viewing Parliament’s Role as Both Proactive and Reactive**. Department of Political Studies Queen’s University Research and Statistics Division, 2000, pp 1-15. Disponível em: <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/J3-4-02-7E.pdf>> HIERBERT, Janet. **Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?**, vol. 4, n. 1. Oxford University Press

canadense da Carta de Direitos, porém com possibilidade de se estender seus ditames aos países que vivem essa tensão institucional por conta da judicialização da política.

Por fim, Bateup, mostra uma fusão dialógica com as teorias mais contundentes para demonstrar o desenho institucional ideal para elevar os ideais democráticos. Seriam elas, a teoria do equilíbrio e a teoria da parceria. Nesse sentido, estabelece:

[...] as teorias positivas mais promissoras são as teorias de "equilíbrio" e de "parceria" do diálogo constitucional. As teorias do equilíbrio focam na capacidade do judiciário de facilitar o debate constitucional em toda a sociedade, enquanto as teorias de parceria chamam a atenção para funções "jurídicas" e "legislativas" mais distintas que os diferentes ramos do governo executam, respectivamente. Essas teorias têm um potencial normativo considerável porque fornecem explicações atrativas do papel judicial no diálogo que não privilegiam as contribuições dos juízes. A fim de fornecer o mais satisfatório exame normativo do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno, este artigo conclui que as teorias de equilíbrio e parceria devem ser sintetizadas, criando a fusão dialógica. Isto não só produzirá uma visão de diálogo que responda eficazmente aos diferentes papéis que os vários participantes possam desempenhar na elaboração do significado constitucional, mas também permitirá uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional¹⁹⁸.

and New York University School of Law, 2006, pp. 1–38; HIERBERT, Janet. **Charter Conflicts: What is Parliament's Role?** Montreal: McGill-Queen's University Press, 2000.

¹⁹⁸ “[...] as teorias positivas mais promissoras são as teorias de "equilíbrio" e "parceria" do diálogo constitucional. As teorias de equilíbrio enfocam a capacidade do judiciário para facilitar o debate constitucional em toda a sociedade, enquanto as teorias de parceria chamam a atenção para funções mais "distintas" judiciais e "legislativas" que os diferentes ramos do governo executam respectivamente. Essas teorias têm um potencial normativo considerável, pois fornecem explicações atrativas do papel judicial no diálogo que não privilegiam

Para fins deste estudo, comunga-se com a ideia de Bateup, apesar de identificar e atestar que as outras vertentes subsomem, de forma mais restrita ou mais ampla, dentro das indicadas com ideais (o posicionamento desse trabalho será melhor analisado no último capítulo). Conforme exposto no início deste item, as ideias dialógicas têm raízes na experiência de alguns países com mecanismos que restringem a atuação judicial em alguns aspectos, elevando a interpretação do parlamento. Sobre esse assunto, segue o próximo item.

3.2.1.3 Modelo no Direito Comparado

Quando se fala na aplicação das teorias dialógicas, o Canadá é um dos primeiros países a ser utilizado como exemplo por adotar medidas que demonstram que o Judiciário não detém a supremacia que corriqueiramente há em outros sistemas constitucionais. Aqui, permite-se uma resposta legislativa como mecanismo de impedimento àquela superioridade.

A experiência canadense influenciou outros sistemas, como do Reino Unido, Israel, e Nova Zelândia¹⁹⁹, sendo característica de todas elas a busca para se evitar a detenção de uma última palavra na democracia constitucional²⁰⁰. A título de exemplo, oportuno esclarecer que os

as contribuições dos juízes. A fim de fornecer o relato normativo mais satisfatório do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno, este artigo conclui que esses dois relatos de diálogo constitucional devem ser sintetizados. Isso não só produzirá uma visão de diálogo que responda de forma eficaz aos diferentes papéis que os vários participantes podem desempenhar na elaboração do significado constitucional, mas também permitirá uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional. (BATEUP, 2006, p. 4).

¹⁹⁹ Nesses países, prevalecia a supremacia legislativa, porém, a partir da edição de Cartas de Direitos, a Corte passou a ter legitimidade para interpretação e invalidação de leis que não correspondessem a essas normas. Ocorre que, em Israel, em vista dessa função, o ativismo começou a aparecer, e cláusulas que permitem a edição de normas pelo legislativo mesmo contrárias às decisões da Corte foram editadas. Já no Reino Unido, apesar da legitimidade da Corte, suas decisões não vinculam o legislativo. (OLIVEIRA, 2016, notas 340, 341 e 342, p. 115).

²⁰⁰ “O resultado foi um compromisso que não encampava nem um purismo de supremacia judicial nem de supremacia parlamentar. As cortes foram atribuídos importantes poderes de garantir direitos individuais e de grupos minoritários, por

principais métodos utilizados no Canadá evidenciados como dialógicos, consubstanciam-se nas seções 1 e 33 da Carta de Direitos e Liberdades Canadense de 1982. A primeira norma permite ao legislador delinear os parâmetros dos direitos fundamentais sob a condição de razoável fundamentação²⁰¹, isto é, limita, portanto, a possibilidade de interpretação, e consequentemente do famigerado ativismo.

Já a seção 33 concede ao legislativo a prerrogativa de impedir que uma lei aprovada não seja revista através da *judicial review*, pelo menos, por cinco anos, sendo possível ainda a prorrogação desse período. Essa seção é conhecida como *override clause*²⁰².

Alguns doutrinadores²⁰³ criticam também o modelo canadense, pois destina ao parlamento a última palavra em detrimento da análise

meio de invalidações de leis incompatíveis com a Carta, mas, em contrapartida, também no parlamento foram garantidas poderosas atribuições, quer seja para impor limites justificados aos mencionados direitos, quer seja para superá-los (*override*) por um período limitado de tempo” (ROACH, 2001, p. 55).

²⁰¹ Seção 1 da Carta de Direitos e Liberdades Canadense: “1. A Carta dos Direitos e Liberdades do Canadá garante os direitos e liberdades nele estabelecidos, sujeito apenas aos limites razoáveis prescritos por lei que possam ser demonstradamente justificados em uma sociedade livre e democrática”. (disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>> Acesso em: 25 dez 2016.

²⁰² Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades Canadenses: “(1) O Parlamento ou a legislatura de uma província podem declarar expressamente em uma lei do parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que a Lei ou uma disposição dela operará sem prejuízo de uma disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta. Nota marginal: operação de exceção. (2) A Lei ou uma disposição de uma Lei relativamente à qual uma declaração feita nos termos desta seção está em vigor deve ter a operação que teria, mas para a disposição desta Carta mencionada na declaração. Nota marginal: limitação de cinco anos. (3) A declaração efetuada nos termos da subseção (1) deixa de produzir efeitos cinco anos após a sua entrada em vigor ou em qualquer data anterior que possa ser especificada na declaração. Nota marginal: repromulgação. (4) O Parlamento ou a legislatura de uma província podem redigir uma declaração feita nos termos da subseção 1. Nota marginal: limitação de cinco anos. (5) A subseção 3 aplica-se a respeito de uma redação feita nos termos da subseção 4. (disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>> Acesso em: 25 dez 2016.

²⁰³ Como Christopher Manfredi e James Kelly. *In*: MANFREDI, Christofer; Kelly, James. Six de Degree of Dialogue: A response to Hogg and Buschel. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, 1999, pp. 513-527. E Janet Hieberte (ver nota 204), também criticam a doutrina de Hogg e Buschell, pois aqueles são adeptos à responsabilidade compartilhada dos poderes, e não aceita supremacia

judicial, o que corresponderia a prevalência legislativa, e na verdade, não seria a restrição legislativa a forma para fomentar o diálogo, esse surgiria através da provocação e não apenas com um anuência de um poder para com o outro. Porém, para os defensores da teoria dialógica no Canadá²⁰⁴ há uma forma de controle de constitucionalidade fraco, onde o Judiciário ainda teria a legitimidade de interpretação da lei, contudo, em certas matérias, o legislativo poderia impor restrição à revisão jurisdicional. Ademais, não haveria que se falar efetivamente em uma supremacia parlamentar, pois a contenção é apenas temporária.

De fato, na cultura judicial canadense, há demonstração de mecanismos de diálogo, pois ao constatar um sincretismo entre a supremacia judicial e parlamentar, estar-se-ia em busca do equilíbrio institucional, o que efetivamente eleva o ideal democrático. Desse modo, apesar de críticas ao modelo, certo é que quando se esmiúça detidamente o paradigma canadense, constata-se que a *judicial review* serve como limite à supremacia parlamentar, enquanto a *override clause* vai de encontro às teses do guardião entrincheirado.

Importante mencionar que quando se fala em diálogos, Mendes (2011) revela que não se ratifica que há uma conversa amistosa entre os poderes, mas que pelo menos, originalmente, possam dialogar. Assim, pode-se perceber que o intuito dessas teorias é afastar a superioridade unilateral do Judiciário ou do Legislativo na interpretação constitucional. Os constitucionalistas tentam fomentar o respeito à estrutura constitucional democrática através de teorizações, as quais buscam a cada instrumento novo contido nos mais diversos ordenamentos, uma possível solução que possa privilegiar e solucionar o impasse de quem detém a última palavra. Com efeito, mesmo que se possam identificar uma falha ou outra nas vertentes já apresentadas, evidencia-se também o potencial para amenizar a tensão interinstitucional.

A próxima exposição trará a tese de um autor brasileiro que também envolve o estudo das teorias dialógicas e a ideia da última palavra provisória.

de qualquer dos lados, seja judicial ou parlamentar. Sobre o assunto: SOUZA, Jorge Muhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011. pp. 313-357.

²⁰⁴ Especialmente, ver nota 157.

3.3 A PROPOSTA DE CONRADO HÜBNER MENDES

Interessante expor a posição adotada e a contribuição trazida por Conrado Hübner Mendes²⁰⁵. Ele demonstra que as teorias dialógicas podem ser averiguadas no contexto brasileiro. Assim, debruça-se sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade combatido muitas vezes como uma representação da supremacia judicial, demonstrando, na verdade, que esse instituto engrandece o ideal democrático uma vez que preza pelo respeito aos direitos fundamentais quando há o desrespeito por outras instituições.

Por outro lado, combate as ideias de última palavra definitiva²⁰⁶²⁰⁷ sobre o sentido constitucional, partilhando com a doutrina dialógica a

²⁰⁵ Constante em sua obra: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁰⁶ Segundo Mendes (2011), a linha do guardião entrincheirado apresenta dois vícios. O primeiro seria a incompatibilidade com o cunho da democracia deliberativa, bem com a essência da separação de poderes. Já o segundo vício se refere a messianidade do STF em detrimento dos outros poderes, circunstância empiricamente carente.

²⁰⁷ Interessante expor um resumo sobre os principais argumentos contrários primeiramente à supremacia judicial e, em segundo momento, à supremacia legislativa. Segundo Conrado Mendes (2011), os principais argumentos para os que defendem a última palavra pela corte, fundamentam-se, especialmente: i) que as cortes protegem as condições da democracia, visto o controle procedimental e substancial das decisões legislativas; ii) assegura o processo de formação da vontade democrática; iii) protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia; iv) a corte protege os direitos das minorias e impede a tirania da maioria; a corte é emissária do ‘povo’ genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento; v) a decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição, poder que continua com o ‘povo’; vi) a supremacia judicial é exigência do estado de direito; vii) a corte é um agente externo que julga com imparcialidade, o legislador não poderia julgar a si mesmo; viii) a corte é um veto inerente à dinâmica da separação dos poderes; ix) a corte analisa um caso concreto, submete-o a uma racionalidade incremental e o insere dentro de sua jurisprudência etc. Já para quem sobreleva a última palavra do parlamento, esteia-se nos seguintes fundamentos: i) o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar do ideal democrático; ii) o processo de composição do parlamento representativo estrutura a competição política; iii) o parlamento representativo é um aperfeiçoamento da democracia direta (a representação eleitoral é uma *first-best choice*); iv) a atividade decisória do parlamento estimula o compromisso, a acomodação de extremos, não a polarização; v) a objeção contra a supremacia do parlamento representativo ecoa

necessidade de interação institucional na interpretação constitucional, como respeito ao regime democrático. Assim, o autor, vincula-se aos mecanismos dialógicos, porém não exclui totalmente a ideia de última palavra. Ele reformula o entendimento, asseverando que sempre há uma última palavra dentro de um arranjo institucional de três poderes, contudo, essa última palavra é provisória, sujeita a rodadas procedimentais e continuidade. Senão, veja-se:

Acredito que teorias da última palavra e do diálogo não sejam projetos teóricos antagônicos. Ambos procuram responder a perguntas diferentes. Diferentes, porém não independentes.[...] Ao serem apartados, correm o risco de fornecer uma resposta incompleta e parcial a um problema mais abrangente. Reconheço que teorias da última palavra apontam para uma questão relevante do ponto de vista da construção institucional. Afirmo, todavia, que tal questão seria mais bem entendida se fosse rephraseada. Por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das “sequências legislativas”, e assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e diálogo, nesse sentido, complementam-se. Assim como o direito e a política precisam de “últimas palavras provisórias”, precisam também de continuidade. (MENDES, 2011)

Desse modo, o autor tenta mostrar o diálogo por um viés constitucional descritivo, bem como fomentá-lo a partir da prescrição de que uma interação deliberativa entre os poderes é preferível à uma separação adversarial. E a interlocução pode perfeitamente ser feita pelo Judiciário, pois, apesar da fervorosa discussão no constitucionalismo

preconceitos da tradição antidemocrática; vi) a regra de maioria é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade; vii) a regra de maioria limita o poder; viii) a corte não protege as condições da democracia, pois está fora da política; ix) a corte não protege a minoria como o alegado, pois moralmente isso é controverso, e, empiricamente isso é falso.

contemporâneo sobre o ativismo judicial, a análise jurisprudencial atesta que muitas vezes a Corte “late e não morde” ou deixa de decidir, especialmente através de pedidos de vista. Postura essa que é incompatível com a defesa de direitos fundamentais constitucionais. De outro modo, percebe-se que a Corte “late e morde”, ensejando em certas circunstâncias o famigerado ativismo. Nesse sentido, entende Mendes (2011), que à Corte cabe incentivar o diálogo, e não se esquivar de decidir, bem como que, nas vezes que pretende “morder”, que essas investidas signifiquem verdadeiros mecanismos para incitação dos outros poderes, impedindo uma última palavra e elevando a ideia de provisoriedade decisional, o que alavanca uma rodada procedimental com a interação dos outros poderes com o intuito de se chegar ao melhor fim constitucional.

Quando o autor exalta a postura da Corte como efetiva interlocutora, traz a crítica à análise formal de um possível modelo dialógico brasileiro constante na CF/88. Nesta, constitui-se ao STF a função de controlar a constitucionalidade de leis e emendas. Já ao legislador seria possível sua esQUIVA através de emendas. No que tange ao controle das próprias emendas, o autor menciona a necessidade de uma constituinte. Diante disso, ele objetiva expor que assim não é a melhor maneira de se encarar a postura dialógica do Brasil, na verdade, inúmeras circunstâncias importam também dentro das deliberações de cada poder e isso pode constituir um modo mais digerível de diálogo²⁰⁸. Nesse sentido, o autor intenta coadunar o modelo brasileiro com uma melhor ideia dentro de uma democracia deliberativa, posto que afasta o guardião entrincheirado, ao mesmo tempo que utiliza suas decisões com forma de incentivo dialógico.

Para fundamentar à marginalidade conferida ao guardião entrincheirado, Mendes (2011) expõe que ao STF não se legitima a valoração moral sobre o legislador, bem como que isso predispõe um surgimento paradoxal no contexto brasileiro, o do guardião acanhado (isso porque a Corte, em variadas circunstâncias, não decide ou faz

²⁰⁸ O legislativo poderia agir de forma mais branda com a edição de leis que respeitem teses do STF, ou mantenha o mesmo texto, porém com maiores deliberações (como o exemplo da ADI 1.351 e 1.354, na qual o STF invalida a cláusula de barreira, porém o legislativo a repropõe com deliberação mais profunda que acaba por não colidir com o fundamentos apresentados pelo STF naquela ação), conforme entendimento já esposado por ministro do STF fundamentado no aspecto constitucional de que as decisões da Corte somente vinculam os órgãos do Poder Judiciário e o Legislativo (MENDES, 2011). Esse fundamento consta no art. 102, § 2º da CF/88.

interpretações restritivas). Acrescenta ainda que não é legítima a restrição à interpretação constitucional do legislador, o que acarretaria na sua isenção de responsabilidade, a qual lhe deve ser imputável.

Nesse sentido, Mendes (2011) adere à elaboração de uma tabela a fim de aferir as várias consequências da análise de constitucionalidade do STF e a incompatibilidade da permanência da ideia de sua superioridade. Estabelece, por sua vez, quatro circunstâncias: i) O parlamento acerta a constitucionalidade na edição de sua lei, o Tribunal consente e acerta com a declaração de constitucionalidade; ii) O legislador erra (produz lei inconstitucional), STF acerta na declaração dessa inconstitucionalidade; iii) Legislador acerta sobre a constitucionalidade, porém, Supremo erra na declaração de inconstitucionalidade; e iv) Legislador erra ao editar lei inconstitucional, STF erra ao declarar a constitucionalidade. Nessas circunstâncias, se se aceita a ideia do guardião entrincheirado, às duas últimas opções, onde não se aferiu a devida constitucionalidade, remanesceriam à impossibilidade modificativa.

Com efeito, o autor ressaltar o caráter interativo entre poderes como forma para um ideal deliberativo democrático e para isso, deve-se analisar cada caso concreto e as virtudes passivas e ativas que os poderes devem desempenhar. Nessa seara, expõe quatro pautas aferíveis no cenário constitucional, isto é, i) apesar de haver tensão social, as instituições não foram acionadas, o que não concretiza o diálogo – pauta reprimida; ii) foi possível deliberação e se chegou a um consenso entre Corte e Parlamento – pauta estabilizada; iii) os debates já foram provocados, mas restam sem decisão por ambos os poderes – pauta congelada; iv) está ocorrendo a discussão na pauta do dia, mas não há estabilização – pauta aquecida. Com essa exposição, Mendes (2011) ambiciona saber, no espaço de seu trabalho, como aquecer e estimular a pauta congelada, incentivando o diálogo. “Desafiar, prudentemente, o parlamento a deliberar nem sempre corresponde a uma ação ilegítima. Na separação de poderes, funções são cambiantes” (MENDES, 2011).

Para isso, esclarece que contra a omissão legislativa, a Constituição traz mecanismos que favorecem o diálogo, como mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Sob outra perspectiva, expõe os mecanismos que demonstram um vício passivo do Tribunal Constitucional, como a utilização do seguinte andamento processual: definição em pauta de andamento; voto-vista ou decisão

liminar em medida cautelar²⁰⁹. Aqui, usa-se a palavra vício pois para o autor, não é para confundir com virtudes passivas²¹⁰ ou o uso construtivo do silêncio²¹¹. Estes últimos serviriam, segundo seus autores, para efervescer o debate público sobre o assunto, já o vício de Mendes, caracteriza-se como uma abdicação de decidir, de se responsabilizar, o que mina o regime democrático²¹². Para combater tais nuances, apesar de não enumerar instrumentos específicos, aduz que, pelo menos no caso das células-troncos, a pressão da mídia foi imprescindível para seu julgamento e conclusão.

Depreende-se da visão de Mendes a forte relevância dada a legitimidade decisória do Supremo, reconhecendo a força do controle de constitucionalidade, especialmente para que aquela Casa se manifeste sobre questões substantivas de alta relevância, porém com o acréscimo de que ali não finalizaria a discussão. Haveria, então, apenas uma última palavra provisória, possibilitando ao legislativo se imiscuir na discussão através de rodadas procedimentais até se chegar à decisão constitucional ideal. Para esse fim, remanesce déficit prescritivo, pois mesmo criticando algumas posturas que entendem a resistência legislativa através da edição de novas leis ou emendas como sendo uma atitude extrema e não de diálogo, oferece pouco pragmaticamente de como se dará tal diálogo, aduzindo que mecanismos e argumentações deverão ser analisados, como o exemplo de reedição de lei considerada inconstitucional pela Corte, porém com maior cunho deliberatório no legislativo em vista da norma outrora invalidada. Assim, percebe-se que essa teoria, apesar de

²⁰⁹ Aqui o autor explica que é um mecanismo que pode conceder provisoriamente o pedido, para deixa-lo por mais tempo sem a declaração sobre o mérito, o que concederia mais tempo passivo para a Corte.

²¹⁰ Termo utilizado por Bickel (1961).

²¹¹ Termo utilizado por Susteain (2001).

²¹² Para exemplificar a utilização desses vícios passivos, Mendes (2011) traz a manifestação do ministro Marco Aurélio no julgamento do caso das células-troncos (ADI 3.510), o qual conduziu o julgamento do aborto de fetos anencéfalos. Na ocasião, o ministro: “Foi uma decisão refletida. Perguntei a mim mesmo: devo tocar o processo? Para quê? Para queimar uma matéria de tão alta relevância? Não. Agora creio que o Supremo já está maduro para tratar da matéria. Já temos clima para julgar, creio, autorizar a interrupção da gravidez de anencéfalos” (Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 25 set 2016).

verificável, ainda padece com algumas críticas dirigidas às teorias dialógicas, como a falta de legitimidade do Judiciário para tratar de questões eminentemente de Estado.

No próximo capítulo será exposto sobre a regra de separação e equilíbrio de poderes, bem como será demonstrado através de alguns casos, que o fenômeno do ativismo judicial no Brasil engendra a crise da jurisdição constitucional, como também tensões entre os poderes, fator que enfraquece as bases do Estado Democrático de Direito. Além de trazer considerações acerca de uma fusão de premissas a fim de direcionar-se cada vez mais para o eterno ideal de Dahl, a democracia.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INTERRELAÇÕES, CRISE E A CONSTANTE BUSCA PELO IDEAL DEMOCRÁTICO

Neste capítulo, tratar-se-á da crise da jurisdição constitucional brasileira, bem como da sua tensão com o Congresso Nacional. A caracterização dessa crise, como visto, reveste-se pelo alegado desrespeito ao regime democrático e à separação de poderes. Desse modo, este capítulo estabelece uma breve retrospectiva sobre as relações institucionais com utilização da doutrina do *checks and balances*; em um segundo momento traz algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal que incitaram os ânimos dos atores constitucionais, da mídia, dos doutrinadores e ativistas na seara nacional. Após a exposição, far-se-á uma análise das teorias (democráticas, do constitucionalismo, das de última palavra e diálogos institucionais) até então apresentadas, cotejando-as, para fins de estabelecer a quem deve caber as decisões constitucionais dentro de um arranjo constitucional brasileiro, com o intuito de respeitar e fomentar a democracia.

4.1 SEPARAÇÃO DE PODERES, RELAÇÕES INSTITUCIONAIS E *CHECKS AND BALANCES*

O instituto da separação de poderes tem origens formais no século XVIII, com a obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu²¹³. Nessa obra, a intenção do autor preza pela liberdade do indivíduo, a qual já era buscada através da limitação de poder estatal que se consubstanciou nas leis. Não obstante, apenas a existência da lei não era suficiente para defender a liberdade do sujeito de direito, já que essas mesmas normas poderiam ser descumpridas²¹⁴. Com efeito, poderia haver o embate físico entre cidadão

²¹³ Podem ser remontados à Aristóteles alguns indícios da ideia de separação de poderes, o qual estabeleceu que todas as constituições têm três elementos: um que delibera sobre negócios públicos, outro é a função executiva, e por fim, o poder judicante. Contudo não estabelecia a estrutura e as competências específicas de cada um. Na idade média, válido citar Cronwell, o qual já falava em uma divisão entre executivo e legislativo. Entrando na Moderna, Locke também traz uma classificação entre os poderes, Executivo, Legislativo e Federativo. Porém, com Montesquieu é que se origina a distinção e competência do Executivo, Legislativo e Judiciário (SANTOS, 1992).

²¹⁴ Aqui pode-se lembrar os ensinamentos de Rousseau sobre contratualismo, onde os homens abrem mão de vontades e interesses individuais em prol do bem comum. Assim, institucionalizam o poder no Estado a fim de se atingir tal bem

e Estado, trazendo prejuízo ao primeiro em vista da sua caracterização hipossuficiente em relação ao primeiro. Desse modo, cria-se a teoria da separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, que tecnicamente é entendida como uma divisão de funções estatais. Essa distinção era necessária para o poder controlar o próprio poder, e para Montesquieu, a divisão impediria o desrespeito às normas de liberdade do indivíduo (CHEVALIER, 1999, p. 139).

A grande distinção de Montesquieu em relação a outros escritores²¹⁵ foi a inserção do Judiciário, o qual não era para estar junto ao Legislativo ou Executivo, porquanto a possibilidade de configuração de um estado absoluto contrário à liberdade individual. Não obstante a inclusão desse poder, Montesquieu escreveu na época da Constituição inglesa, assim, tece-o com força abaixo dos demais, uma vez que sua estrutura, composição, destituição seriam regulamentadas por lei. Assim, o Judiciário agiria em momentos específicos e em circunstâncias criminais, interpretando efetivamente o texto da lei. A essa função não caberia discricionariedade exegética para não correr o risco de se estabelecer opiniões particulares dos juízes, pois se assim o fosse, o condenado não saberia exatamente por qual razão estava sendo processado, se por infração às leis ou por circunstâncias individuais. Em virtude dessa capacidade funcional reduzida que Montesquieu destinava aos juízes, assevera-se que seu modelo de governo efetivamente se qualificava como um governo misto²¹⁶ (CHEVALIER, 1999, p. 140).

A Constituição da Filadélfia de 1787 recepcionou a teoria tripartite e enumerou funções para cada um dos poderes. Com cada um desempenhando funções específicas, haveria a experiência e conseqüente eficácia de cada uma delas. Aqui foi retomada a ideia de respeito à liberdade individual consubstanciada pelo respeito à Constituição dos Estados Unidos, a qual foi erigida pelo povo e para o povo. Assim, todas as esferas de poder deveriam buscar a efetivação de suas funções, bem

comum. Para isso, há regras, limitação de sua atuação para que não se torne autoritário (ROUSSEAU, 1973). Daí também se entende a intenção tripartite para não deixar apenas nas mãos de um as funções essenciais do estado, em vista de deslegitimar aquelas monarquias absolutistas de outrora.

²¹⁵ Ver nota 213.

²¹⁶ Entende-se governo misto porque no momento de edição da teoria de Montesquieu o mesmo tinha como parâmetro a Constituição inglesa, que equiparou, após a revolução gloriosa, força entre a realeza e o parlamento.

como a limitação das outras, para proporcionar os *checks and balances*²¹⁷, um equilíbrio em respeito à escolha e liberdade popular. Com Os Artigos Federalistas (ou O Federalista) editados pelos *Founding Fathers ou Americans Frames*²¹⁸ fomentou-se a ideia de separação de poderes, *checks and balances*, bem como o desenvolvimento do Poder Judiciário nesse cenário tripartite, através da função de controle de constitucionalidade²¹⁹ dos atos legislativos, com o fim de manter o respeito à Constituição do EUA. A cada um dos poderes cabia uma adjetivação, ao Executivo, necessário a energia para proteger o país de ataques estrangeiros e fazer cumprir as leis; ao Legislativo, caberia a sabedoria e deliberação para conciliar os interesses do povo; e ao Judiciário, integridade e moderação para quando houvesse desrespeito à lei e à Constituição pelos outros poderes (HAMILTON, MADISON, JAY, 1840).

No Brasil a instituição da regra de poderes adveio com a Primeira República (1891), porém com as Constituições de 1934 e 1937, não havia que se falar em harmonia, já que o que ocorreu uma verdadeira ditadura constitucional (SANTOS, 1992). Com a Carta de 1946, retomando-se a ideia de 1891, consagra-se a independência e harmonia entre poderes até a atual Constituição de 1988, na qual consta expressamente em seu art. 2º que os três poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Essas características são embasadas nas doutrinas antigas, porém são aferidas por causa das próprias premissas constantes no texto constitucional, que se constituem nas relações entre essas esferas. Assim,

[...]os poderes devem ser harmônicos e independentes, colaborando entre si, e mantendo

²¹⁷ Esse sistema já previsto desde o modelo inglês, que estabelecia o parlamento em dois patamares, Câmaras dos Lordes e Câmaras dos Comuns. E Montesquieu já mencionava a necessidade do bicameralismo. Nesse sentido: “Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo” (MOTESQUIEU, 2007, p. 173).

²¹⁸ Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

²¹⁹ Ressalte, como já afirmado outrora neste trabalho, que o marco formal da *judicial review* é o caso *Marbury v. Madison* de 1803.

relações recíprocas, auxiliando-se e corrigindo-se [...] o amparo constitucional dado ao princípio da divisão tripartite delimita, ao mesmo tempo, o campo de ação dos poderes. Estes são autônomos e separados, com ações próprias, mas como o princípio não é aplicado de forma rígida, é admitida a intervenção parcial de um poder na esfera de atribuições de outro” (SANTOS, 1992, p. 215).

Em vista da grande interligação entre eles, alguns doutrinadores questionam o conceito separatista antigo, como Gonçalves, ao exemplificar a prerrogativa do veto do Executivo em relação ao Legislativo. O que o faz indagar quanto à cientificidade da separação e estabelece que “hoje, todavia, sua importância costuma ser minimizada, seu fim profetizado, sua existência, até negada” (2012, p. 652). Destarte, infere-se a constante inserção de um poder no outro, o que relativiza a ideia de separação.

Nesse sentido, diversas regras na CF/1988 aclaram essa realidade imiscuída das instituições. Como a competência jurisdicional do Senado ao julgar o *impeachment* do Presidente da República, dos Ministros de Estado etc., ou quando necessita autorizar o efeito *erga omnes* de declaração de constitucionalidade em controle difuso (art. 52, X), bem como a possibilidade de controle dos atos Executivo conforme art. 49, V; a competência administrativa do Supremo para sua autogestão ou uma possível competência legislativa pela possibilidade de edição de súmula vinculante, e a sua competência para fazer o controle de constitucionalidade, através de ADI, ADC, ADPF; o Executivo legisla ao editar medidas provisórias e julga no âmbito administrativo. Com efeito, cada poder desenvolve funções típicas e atípicas, fora das suas esferas, demonstrando a vinculação entre eles. Vale ressaltar também que não é novidade a existência do presidencialismo de coalizão²²⁰ brasileiro, ou seja, a existência da influência direta do executivo na agenda legislativa para o incentivo de aprovação dos projetos do governo.

Esses argumentos não significam uma oposição à teoria tripartite de Montesquieu, mas apenas serve para demonstrar que a vinculação

²²⁰ Não obstante, bom lembrar a crise política que passa o Brasil em virtude da assunção à presidência de Michel Temer em virtude de um processo de *impeachment*, que ao fim e ao cabo fragiliza qualquer democracia. Essa observação é em virtude de algumas tensões para aprovação de projeto do governo que vêm ocorrendo.

entre eles sempre foi profunda, sendo imprescindível a correta exegese do termo separação, a fim de não pensar que se cunhou tarefas e órgãos insulados sem qualquer caminho ou ligação entre um e outro. O objetivo precípuo de Montesquieu era escapar ao absolutismo, e com órgãos diferentes exercendo cada função de poder, haveria uma interdependência e equilíbrio entre os três, pois “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder” (MONTESQUIEU, 2007, p. 164-165). Santos (1992, p. 218) sustenta que o objetivo da tripartição é a eliminação da hipertrofia de um dos poderes, a qual se atinge através de mecanismos de controle entre uns e outros (freios e contrapesos), bem como pelo respeito à Constituição já que nenhum deles é soberano. Acrescenta, ainda, uma crítica, que o problema que acontece no Brasil é que esse controle está falho, o que pode atingir a democracia.

De fato, é notória no Brasil a crise política e institucional que se instaura, a qual por causa da própria natureza humana corrupta, bem como pela capacidade das instituições errarem no desenvolvimento de suas funções. A ideia de definição de ações específicas e controle mútuo pela regra de separação e equilíbrio era para servir justamente para manter um equilíbrio e não gerar tensões tão profundas no arranjo estatal. Porém, necessita-se sempre de mais deliberação, participação e oposição para se manter uma estabilidade e a pacificação dos conflitos.

Neste trabalho, a principal crise que se trata é a ocorrida dentro do próprio desenvolvimento da função da jurisdição constitucional, notadamente em vista da falha representativa dos poderes políticos que optam por não decidirem questões sociais de grande valor moral ou por não cumprirem funções constitucionais expressas. Assim, o povo acaba recorrendo ao Judiciário que não pode se esquivar de decidir. Contudo, o órgão jurisdicional por vezes ultrapassa a linha tênue entre julgar e legislar ou vem a tratar de matérias que exigem uma decisão eminentemente estatal, e, por seus membros não serem eleitos pelo povo e não disporem de uma *accountability*, os ânimos institucionais começam a tensionar, especialmente com o poder Legislativo, espaço representativo por excelência e que detém a função típica de edição das leis.

Infere-se, pois, que a crise já advém dos outros poderes, em virtude de suas inações. Daí a chamada crise institucional brasileira, a qual acarreta decisões errôneas, com inserção de um poder sobre a competência do outro, demonstrando fissuras no mecanismo de *checks and balances*, isto é, no equilíbrio institucional, que é tão caro ao regime democrático.

O quadro, decorre também da amplitude normativa da Carta de 1988. Nesse sentido, indaga Bonizzato: “Quantos não são os desdobramentos sociais, econômicos, culturais, morais etc. gerados pelo texto constitucional de 1988?” Nessa circunstância, seria ingênuo pensar que esse documento se consolidaria “imune a problemas, vicissitudes, desafios a serem superados, incertezas, inseguranças e, até mesmo, insuficiências” (2016, p. 374).

O dissenso social e os diversos interesses individuais que necessitam de força estrutural para serem reconhecidos refletem que mesmo objetivando obter através de um texto a maior proteção e coesão possíveis, querendo ou não, restam sempre aqueles que não conseguiram elevar ou ter o apoio necessário para se verem representados, bem como brechas e contradições na norma que podem gerar conflitos, consequência lógica do pluralismo social que alastra a atual sociedade contemporânea. Essa circunstância é notória quando se analisa a gama de direitos individuais e sociais constantes na Constituição e a sua coexistência com a profunda desigualdade financeira, da dificuldade de acesso à saúde e segurança constante no país ou mesmo a crise representativa em vista da depravação corruptiva dos políticos.

Além da permanência da existência de conflitos pela impossibilidade lógica de um documento perfeito e preciso para todos os anseios e necessidade de uma sociedade profundamente plural, há a própria ineficácia institucional que potencializa a existência de conflito dentro mesmo das próprias instituições, as quais deveriam cooperar e trabalhar para conter os as intempéries sociais. Nesse sentido, Bonizzato:

Mas em um país com atrasos e déficits sociais, políticos e, sob outra lógica, democráticos gigantescos, esperava-se que o executivo obedecesse a Constituição, ainda que na forma de orientações, reforce-se, constitucionais, se assim se entenderem alguns direitos chamados de programa de intenções. [...] que o Legislativo legislasse com rapidez, qualidade e de forma compromissada com os princípios democráticos que consolidaram enquanto Poder com atribuições e competências próprias, sobretudo na tarefa de complementação do texto constitucional para que a ele pudesse conferir a mais rápida eficácia e efetividade, validade e vigência. E [...] se esperava que o judiciário fomentasse o acesso á justiça – o que, não se pode negar, ocorreu -, mas sem se

transformar no grande resolvidor e solucionador das inoperâncias executivas e legislativas, limitando-se a aplicar a lei, ainda que insuficiente e, somente em situações realmente excepcionais, procurasse alternativas outras para a pacificação de conflitos e o julgamento dos casos concretos (2016, p. 375).

Contudo, não é assim que ocorre, busca-se incessantemente que o Judiciário cumpra suas funções, bem como que ele cumpra a dos outros poderes, como se isso fosse respeitar o Estado Democrático de Direito. Esse poder “ escolhe, assim, como os demais poderes citados, o que vai julgar, como vai julgar e na defesa de quem irá fazê-lo” (BONIZZATO, 2016, p. 376). Ora, soberania do Judiciário não é objetivo desse modelo de estado, na verdade, há o estabelecimento de uma tripartição constitucional de poder independente e harmônica, para justamente manter equilíbrio e impedir favoritismos. Logo, percebe-se que a realidade ainda necessita de reparos e a citação corresponde ao conteúdo ideal que se busca dentro de um arranjo constitucional democrático.

Resta claro, pois, a necessidade de efetivação de competência e cooperação entre os poderes, já que se vivencia uma crise institucional justamente pela ausência dessas ações que muitas delas já estão constantes no texto constitucional. Entretanto, sabe-se que desse documento não é nenhuma divindade que não precise de modificação (quando possível). Destarte, a própria Constituição

[...] trouxe uma variedade de dispositivos que comprovam que um Poder, no Brasil, dificilmente sobrevive, em uma visão macro e expandida, institucional e funcionalmente, sem a participação do outro. [...], perceber-se-á como, muitas vezes, o Poder Executivo precisará ou influenciará o Legislativo e o Judiciário; o Poder Judiciário precisará ou influenciará o Executivo e o Legislativo; e, por fim, o Poder Legislativo precisará ou influenciará o Executivo e o Judiciário. Ou ainda, em visão mais rígida e atual, como todos esses Poderes, na teia relacional que os liga, podem realmente emperrar, bloquear, travar e obstacularizar uns aos outros, em um processo perigoso que pode oscilar de interesses ditos realmente democráticos a vontades particularizadas e voltadas para interesses

específicos e menos dotados do amparo essencial à democracia e seus principais fundamentos e princípios (BONIZZATO, 2016, pp. 376-377).

Portanto, pode-se afirmar que a vinculação, reciprocidade e controle é inerência da Carta de 1988, se ainda não se chegou à forma ideal, necessita-se de constantes de renovações para essa busca²²¹.

Por fim, para o foco desse trabalho, sabe-se que decisões do STF que ultrapassam suas competências ou que extrapolam as fronteiras semânticas da Constituição acontecem há um bom tempo, tanto que a pauta sobre judicialização e ativismo é remota. Contudo, é plenamente

²²¹ Interessante ressaltar aqui a teoria trazida por Bruce Ackerman e a sua nova separação de poderes. O professor de Yale, revisita a teoria antiga, confrontando-a com as ideias de democracia, competência profissional e promoção da proteção dos direitos fundamentais na complexa sociedade contemporânea, para: i) dar crédito para o desenvolvimento trazido pela regra tripartite; ii) demonstrar a insuficiência dessa estrutura constitucional para a proteção desses institutos; iii) propor um novo modelo para a separação de poderes, trazendo a ideia de Parlamentarismo Limitado, o qual traz para o lado da Câmara e Senado, Presidente e Corte Constitucional, duas outras instituições, quais sejam: a Instância da Integridade e a Instância Regulatória. Estabelece ainda o autor que o modelo estadunidense/madisoniano de separação de poderes não deve ser parâmetro para novas democracias na América Latina e Europa ocidental. Ademais, que essas democracias possam crescer à seu arranjo duas variáveis importantes: sensibilidade cultural e realismo econômico, já que isso importará para a delimitação de um modelo estrutural adequado. O intuito deste trabalho em citar tal obra é para esclarecer que constantemente a normas sociais precisam evoluir para acompanhar o exponencial desenvolvimento sociopolítico mundial. Isto é, não necessariamente regras eficazes em um dado momento o serão para sempre. Portanto, a ideia de mudança para o efetivo fomento democrático, de aprimoramento funcional e de promoção de direitos fundamentais, é sempre bem vinda. Vale citar uma conclusão do autor: “Estamos apenas na primeira etapa de enfrentamento dos três grandes desafios da idade moderna: tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível no governo moderno, remir o ideal de perícia burocrática e integridade em uma base contínua e tutelar direitos liberais fundamentais garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a todo e cada cidadão. Honraremos Montesquieu e Madison melhor ao buscar novas formas constitucionais para lidar com esses desafios, mesmo ao custo de transcender formulações tríades familiare”. In: ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Power*. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, 2000, pp.725. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>> Acesso em: 9 ago 2017.

pertinente o tratamento da matéria pelo afloramento contemporâneo dessa circunstância no Brasil, que acaba gerando sua própria crise, bem como uma tensão constante com o Legislativo. Algumas decisões, portanto, merecem atenção, inclusive pela crise política engendrada com o *impeachment* e deflagração de operações como a lava-jato que descortinou o maior esquema de corrupção já conhecido pelo país, trazendo a desmoralização de grandes atores da classe política.

4.2 TENSÕES INSTITUCIONAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO – ESTUDOS DE CASO

Seguem quatro casos, bem como um último parágrafo com citações de outras demandas (mas que não foram aprofundadas pela necessidade de limitação de conteúdo) que se tornam paradigmas discutíveis pela sociedade (mídia, juristas, doutrinadores, cidadão, congresso etc.), em vista do Supremo ter superado normas de texto constitucional claro, ou porque adentraram searas que não compõe sua competência, ou passaram a decidir de forma mais razoável. Cita-se também um caso onde o Legislativo foi tido como ativista por também superar texto constitucional preciso e desrespeitar interpretação já dada no âmbito nacional em caso semelhante. Seguem as situações casuísticas.

4.2.1 O procedimento sancionatório do Impeachment de Rousseff

Um evento histórico para o Brasil foi o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff em 2016. Esse é tipo de procedimento é legítimo, conforme art. 85 da Constituição Federal de 1988, cuja redação expõe que lei especial estabelecerá as normas de processo e julgamento dos crimes de responsabilidade. Quanto ao julgamento esse é feito pelo Senado, consoante art. 52, I da Carta Magna. Ocorre, que a última lei que estabeleceu o procedimento de *impeachment* foi a lei 1.079 de 1950 e após 1988, não se regulamentou mais a matéria como exigido pelo artigo supramencionado.

Desse modo, tanto no *impeachment* do presidente Collor (1992), como da presidenta Dilma, o STF foi instado a se manifestar sobre a consonância do procedimento da lei de 1950 com a atual Carta democrática brasileira, através da ADPF 378 interposta pelo Partido

Comunista do Brasil²²². Essa competência da Suprema Corte justifica-se porque a mesma tem a função precípua de guarda da Constituição, não se questionando aqui a sua legitimidade para tanto dentro do arranjo constitucional brasileiro, especialmente pela omissão do legislativo em editar a norma pertinente; fator este importante que alastra o fenômeno da judicialização, consoante já mencionado no item anterior.

Para fins deste trabalho, então, debruça-se sobre dois pontos específicos, dos vários constantes da decisão da Corte, isto é: i) o assentamento por parte do STF de que seria necessário um juízo de admissibilidade da denúncia no Senado, além do já exigido pela Câmara dos Deputados, antes do processo ir para o julgamento na naquela casa; ii) a separação da pena para esse tipo de crime, isto é, a Constituição estabelece que haverá perda de mandato, com inabilitação por 8 anos para a função pública, na decisão suprema, firmou-se que a pena poderia ser aplicada de forma separada.

No primeiro caso, percebe-se que a Constituição de 1988, art. 51, I claramente estabelece que compete à Câmara dos deputados dar a autorização para o processo de *impeachment*, isso é, atingindo o quórum exigido (2/3 dos deputados), o processo é aberto. Já o art. 52, I tece que compete ao Senado o processo e o julgamento. O art. 86, *caput* e §1º, II do mesmo documento, impõe que admitida a acusação, será instaurado o processo e submetido à julgamento no Senado, no que tange aos crimes de responsabilidade²²³. Não resta dúvida acerca da interpretação dada aos dispositivos, ou seja, à Câmara cabe a autorização da abertura do processo, já à outra casa legislativa, cabe o seu processamento e julgamento, conforme texto constitucional expresse. Contudo, o STF estabeleceu que ainda caberia ao Senado fazer outro juízo de admissibilidade para o recebimento da denúncia, regra não prevista expressamente no texto constitucional, bem como de difícil interpretação a partir daquele texto.

Nessa perspectiva, importa a afirmação do ministro Dias Toffoli no seu voto acerca do recebimento dos embargos de declaração na ADPF

²²² Inteiro teor do acórdão, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582> > Acesso em: 04 nov 2016.

²²³ Observando que não há no inciso II do §1º condição para recebimento de denúncia, como o inciso I, que trata do recebimento da denúncia no STF por crimes comuns. Naquele não há se falar em recebimento da denúncia/processo pelo Senado, o que ratifica o constante no art. 52, I e caput do art. 86.

378²²⁴: “Não há que se reabrir essa discussão se instaura ou se não instaura o processo no Senado da República! E aqui há contradição patente! Uma obscuridade patente, a meu ver!” (BRASIL, 2016, p. 13)²²⁵. Declaração que corrobora a atividade criativa do Supremo de inserir um novo juízo de admissibilidade no Senado.

Ora, conforme definição entre judicialização e ativismo, o fato do procedimento interpretativo/de recepção da lei de 1950 para com a CF/88 ser direcionado/efetivado ao/pelo Supremo, decorre de causas contingenciais, no caso, a inércia do legislativo. Assim, havendo lei anterior à Carta Magna, função da jurisdição constitucional seria a análise de compatibilidade, caracterizando-se de fato a judicialização de um procedimento que em tese caberia ao Senado. Porém, como este se quedou inerte, restou válida uma lei anterior à 1988, o que acarreta o exercício da função do STF estampada no art. 102.

Por outro lado, no momento da exegese constitucional acerca da lei. 1.079/1950, o Supremo, além de interpretar a norma e recepção-la ou não, insere regra não expressa constitucionalmente, o que gera uma função legislativa de fato, infringindo diversas garantias fundamentais constitucionais, como a separação de poderes, representação e soberania

²²⁴ Inteiro teor do acórdão, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11458038>> Acesso em: 04 nov 2016.

²²⁵ O ministro Gilmar Mendes também se manifestou nesse sentido, ao arguir: “[...] todavia seus [o senado] poderes devem ser equalizados com os da Câmara, sob pena de se admitir odiosa diferenciação e sobreposição de uma Casa em detrimento da outra [...] Data *maxima venia*, utilizou-se de fundamento que não encontra amparo na Constituição, razão pela qual o papel do Senado deve ser revisto neste julgamento (BRASIL, 2016, p. 25-26).

popular²²⁶, urdindo, pois, o famigerado ativismo judicial²²⁷. Nesse sentido, percebe-se afronta à própria finalidade da Corte, de guardiã da Constituição. Daí decorrendo, inclusive, tensões com a instituição legislativa que recorreu neste ponto fundamentando-se que a Constituição não estabelecia tal tipo de procedimento, logo a Corte não poderia se manifestar naquele sentido. Para Gilmar Mendes, no julgamento dos embargos na ADPF: “Será que não ultrapassamos a linha equidistante da Praça dos Três Poderes?” (BRASIL, 2016, p. 29). Constatando essa que comunga com grande parte da comunidade constitucionalista na contemporaneidade sobre o behaviorismo do Supremo²²⁸.

O segundo ponto, diz respeito ao fatiamento de pena ocorrido no julgamento pelo Senado, do *impeachment* da presidenta Dilma, ocorrido na sessão do dia 08 de agosto de 2016, por 61 votos a favor a 20 contrários. Na hora da votação foi requerido destaque pela bancada do

²²⁶ Nesse sentido, o ministro Dias Toffoli: “A manter-se o acórdão embargado, nós estamos criando uma super Casa Legislativa e uma *capitis diminutio* da Câmara dos Deputados. E, ao se criar uma *capitis diminutio* da Câmara dos Deputados, nós estamos, mais uma vez, assim como no caso da chapa avulsa, subtraindo a vontade do povo, subtraindo a vontade popular. Por quê? Porque a Câmara dos Deputados representa o povo enquanto Nação. O Senado representa as unidades da Federação; os senadores representam os estados. São eleitos majoritariamente, e não no sistema proporcional, eles não representam o povo. Não há proporcionalidade no Senado da República. A proporcionalidade e a representação do povo é característica da Câmara dos Deputados. Ela que fala pelo povo” (BRASIL, 2016, p. 14).

²²⁷ Ainda o min. Toffoli: “[...] nós estamos, aqui, fazendo uma *capitis diminutio* da Câmara dos Deputados, ao dizer que aquilo que a Câmara dos Deputados delibera terá que novamente ser sindicato por uma votação do Senado antes de se instaurar o processo. Nós estamos criando uma fase processual do processo de *impeachment* que não está na nossa Constituição [...] Pode até ser que o Senado instaure a Comissão e delibere pelo arquivamento. Mas não cabe uma votação prévia: se instaura ou não se instaura. Tem que instaurar” (BRASIL, 2016, p. 13).

²²⁸ Ainda o min. Gilmar Mendes: “De tão acintoso fora o julgamento ora embargado, ousou afirmar, em tom jocoso, que os estudiosos poderiam pensar em uma outra ADPF em face do tamanho descumprimento de preceito fundamental que se pautou a maioria no julgamento ora recorrido, [...], vulnerando o bicameralismo federal, bem ainda o postulado básico da democracia. Senhores ministros, nada mais salutar do que reconhecer nossos erros (obscuridade e contradição), afinal os recursos estão aí para tal finalidade e somos a última trincheira de Justiça. Tenhamos hombridade de assumir que devemos deixar as regras primordiais da democracia falarem por si sós” (BRASIL, 2016, p. 30).

Partido dos Trabalhadores – PT, a fim de que houvesse um desmembramento da pena estabelecida no art. 52, § único da CF. Tal dispositivo expõe que a sanção correspondente ao crime que a presidenta estava sendo processada era “a perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. Dessa forma, o destaque era para haver votações em separado, uma para aferir a perda do mandato e outra para a inabilitação para o exercício de outra função pública²²⁹.

Nesse sentido, o presidente da sessão, o min. Ricardo Lewandowski, fundamentando-se na soberania do Senado, disse que a essa casa caberia a forma para o julgamento, deferindo, portanto, o desmembramento. Daí, decorreu que a presidenta apenas foi condenada à perda do mandato. A segunda votação, para aferir se restava inabilitada ou não para a função pública não atingiu o quórum suficiente, o qual seria de 54 votos a favor, porém a votação nessa segunda etapa foi de 42 a favor e 36 contrários.

Diversas críticas brotaram a partir do malabarismo interpretativo do Senado, bem como do presidente do Supremo quando da presidência do processo de *impeachment*, posto que o art. 52, § único da CF/88, estabelece que a perda do mandato se dá **com** a inabilitação para exercício da função pública, isto é, não deixa margem discricionária para os atores constitucionais interpretarem conforme acham conveniente. Na língua portuguesa, o conectivo **com** exige um complemento e este é dado na respectiva norma, a inabilitação por 8 anos para qualquer função pública. Não se estar a analisar um texto que importa escolha como outros dispositivos constitucionais que utilizam o conectivo **e/ou**. Defronta-se com um texto que expressa uma norma direta, sem qualquer margem para valorações ou interpretações esdrúxulas.

Nesse sentido, inclusive, importa mencionar o caso Collor, pois, mesmo com sua renúncia, o seu processo de *impeachment* não restou prejudicado como intentara o ex-presidente (através do MS. 21689-1²³⁰),

²²⁹ Informações constantes no site oficial do senado. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/09/02/conclusao-do-processo-de-impeachment-no-senado-e-o-grande-destaque-da-semana> Acesso em 21 dez 2016.;

²³⁰ EMENTA: - CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". CONTROLE JUDICIAL. "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPUBLICA. PENA DE INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., art. 52, paragrafo único. Lei n. 27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950. I. - Controle judicial do "impeachment": possibilidade, desde que

pois o entendimento foi de que não haveria como separar as duas penas. Logo, o ex-presidente Color foi condenado à inabilitação aos cargos públicos. Destarte, o que mudou no texto ou norma do § único do art. 52

se alegue lesão ou ameaça a direito. C.F., art. 5., XXXV. Precedentes do S.T.F.: MS n. 20.941-DF (RTJ 142/88); MS n. 21.564-DF e MS n. 21.623-DF. II. - O "impeachment", no Brasil, a partir da Constituição de 1891, segundo o modelo americano, mas com características que o distinguem deste: no Brasil, ao contrario do que ocorre nos Estados Unidos, lei ordinaria definira os crimes de responsabilidade, disciplinara a acusação e estabelecera o processo e o julgamento. III. - Alteração do direito positivo brasileiro: a Lei n. 27, de 1892, art. 3., estabelecia: a) o processo de "impeachment" somente poderia ser intentado durante o periodo presidencial; b) intentado, cessaria quando o Presidente, por qualquer motivo, deixasse definitivamente o exercicio do cargo. A Lei n. 1.079, de 1950, estabelece, apenas, no seu art. 15, que a denuncia só podera ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. IV. - No sistema do direito anterior a Lei 1.079, de 1950, isto e, no sistema das Leis n.s 27 e 30, de 1892, era possivel a aplicação tão somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, par. 3.; Lei n. 30, de 1892, art. 2.), emprestando-se a pena de inabilitação o caráter de pena acessoria (Lei n. 27, de 1892, artigos 23 e 24). No sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não e possivel a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (C.F., 1934, art. 58, par. 7.; C.F., 1946, art. 62, par. 3. C.F., 1967, art. 44, parag. único; EC n. 1/69, art. 42, parag. único; C.F., 1988, art. 52, parag. único. Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 31, 33 e 34). V. - A existência, no "impeachment" brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (C.F., 1988, art. 52, parag. único; Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercicio de função pública. VI. - A renuncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando ja iniciado este, não paralisa o processo de "impeachment". VII. - Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (C.F., art. 37). VIII. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-lei 201, de 27.02.1967. Apresentada a denuncia, estando o Prefeito no exercicio do cargo, prosseguira a ação penal, mesmo após o termino do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercicio do cargo. IX. - Mandado de segurança indeferido. (MS 21689, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 07-04-1995 PP-08871 EMENT VOL-01782-02 PP-00193 RTJ VOL-00167-03 PP-00792). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020274&base=baseAcordaos>> Acesso em 04 jan 2017.

de 1992 a 2016? Ambos permanecem os mesmos, não havendo motivo para a atual exegese dada pelo Senado²³¹.

Em virtude da decisão, diversos mandados de segurança foram intentados contra o ato do Senado, na pessoa de seu presidente, bem como contra ato de deferimento do destaque pelo ministro Ricardo Levandoski. Seis deles foram rejeitados preliminarmente por falta de legitimidade, porém, nos cinco outros mandados de segurança foram solicitadas diligências para sanear o processo, como a intimação da principal interessada, a ex-presidenta Dilma²³².

Das ações devidamente protocoladas importa informar que o MS 34.378²³³, impetrado pelo Partido Social Liberal, como também o MS 34.394²³⁴, impetrado pelo Partido da Social Democracia – PSDB, Democratas, Partido Popular Socialista – PPS e o Solidariedade – SD, encontram-se conclusos à relatora, a Sra. Rosa Maria Weber desde março de 2017. Em decisão monocrática, a ministra opinou também pelo não conhecimento da ação em virtude também da ilegitimidade *ad causam*, mesmo posicionamento da Procuradoria-Geral da República.

A despeito do procedimento judicial em trâmite o que se pretende demonstrar é como o Senado, legítimo ator constitucional, também pode demonstrar agir com ativismo, desafiando o próprio constituinte

²³¹ Vale ressaltar aqui a redação do art. 33 da lei 1079 de 1950, cuja redação deixa à discricionariedade do Senado a escolha de quantos anos será a inabilitação, não fundamentaria a decisão do Senado de permissão para a condenação apenas na perda do mandato, pois a própria ADP 378 serviu para fazer a compatibilidade desta lei com a Carta Magna, que prevalece acima de qualquer lei infraconstitucional.

²³² Ministra do STF nega seis liminares contra fatiamento do impeachment. **O globo online**. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/brasil/ministra-do-stf-nega-seis-liminares-contrafatiamento-do-impeachment-20073408#ixzz4tzfkJoXqstest>> Acesso em: 23 dez 2016.

²³³ Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34378&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 28 jul 2017.

²³⁴ Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5044698>> Acesso em: 28 jul 2017.

originário, bem como criando precedente que desrespeita frontalmente a superioridade da Carta Constitucional brasileira²³⁵.

4.2.2 Caso dos medicamentos de alto custo e os não aprovados pela Anvisa.

A judicialização da saúde é tema em evidência desde a década de 90, uma vez que, especialmente, através desse âmbito, deu-se início à jurisdicional efetividade da Carta democrática de 1988 com a tentativa de realização de seu extenso rol de direitos sociais e deveres estatais. O recurso ao judiciário se tonou sinônimo de concessão de todo e qualquer pedido de direito individual à saúde, a despeito das normas positivadas pelo Estado brasileiro (MAGALÃHES, FERREIRA, 2017)²³⁶, incitando o afamado ativismo judicial

Neste item, notadamente, apresenta-se a discussão em torno dos remédios de alto custo não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde e aqueles não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Mais uma vez, descortina-se o antigo e velho problema, a legislação deve prevalecer ou a decisão judicial como última palavra é que respeita mais o sentido constitucional? Quem terá a última palavra, o Legislativo com a regra da maioria, ou o Judiciário se manifestará em última instância como o guardião das minorias? O caso é tratado em sede

²³⁵ Para Chemim (2016), “não há justificativa possível para que o Senado tenha adotado uma postura exacerbada, do ponto de vista político e, sobretudo, jurídico, sobrepujando-se ao Poder Judiciário, com uma decisão denunciadora de um significativo ativismo legislativo, em razão de ter extrapolado de sua competência (enquanto Poder Constituinte Derivado), ao interpretar de forma capciosa uma norma jurídica, afrontando a Constituição Federal e, ao mesmo tempo, criando precedentes delicados para casos recentes e futuros”.

²³⁶ Conforme estudo da Advocacia Geral da União, aumentou em 5.000% os gastos da União em virtude da judicialização da saúde entre os anos de 2007 a 2016 (passou de R\$ 26 milhões para R\$ 1,325 bilhão). Somente em 2016 os gastos da União com medicamento não registrados na ANVISA foi de R\$ 766.071.832,79. (In: Judicialização da Saúde no âmbito da União em números: Recursos extraordinários 566471 e 657718, 2017. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20AMBITO%20DA%20UNIO%20EM%20NUMEROS%20Recursos%20Extraordinarios%20566471%20e%20657718.pdf>> Acesso em 29 agot 2017)

superior dentro dos seguintes recursos extraordinários: RE 566471²³⁷ e RE 657718²³⁸, nos quais houve revisão de entendimentos já tomados pelo STF, objetivando agora acabar com a exacerbação de pedidos individuais²³⁹.

Por mais debatido que seja o tema, pertinente ainda é a sua análise, pela ativista superioridade do Judiciário em detrimento das leis e políticas públicas, bem como pela iminência do julgamento dos processos acima mencionados. Barroso, atual ministro do STF, assim já se manifestou

²³⁷ Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>> Acesso: 04 dez 2017.

²³⁸ Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>> Acesso em: 04 dez 2017.

²³⁹ Vale ressaltar que em outro momento o STF tentou estipular parâmetros para a concessões de medicamentos através da Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175/CE (RE nº 566.471/RN, DJe 07/12/07) –, a qual dispunha alguns requisitos para o deferimento de demandas no âmbito da saúde. Porém, mesmo com essa decisão continuou a haver processos com deferimento para tratamentos caros no exterior, concessão de medicamentos inclusive na fase de testes e para qualquer pretensão individual nesse sentido. Para fins de informação os requisitos outrora exigidos eram: “1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nestas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente. 2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, o juiz precisa verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS, caso não esteja, é preciso distinguir se: 2.1) A não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão administrativa, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros. Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento; 2.2) Os medicamentos e tratamentos são experimentais; caso o sejam, o Estado não está obrigado a fornecê-los; 2.3) Os tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas são fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos podem ser deferidos, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares (MAGALÃHES, FERREIRA, 2017).

sobre a postura do Judiciário nessa seara, ratificando a prática ativista judicial quando do julgamento de demandas relacionadas à saúde:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. (2009, p. 3)

No viés do presente trabalho, despiendo adentrar na discussão principiológica que paira sobre a matéria, uma vez que esta pesquisa objetiva estabelecer a quem cabe a última palavra dentro de um arranjo constitucional democrático. Desse modo, passa-se à análise dos RE's, que tiveram repercussão geral reconhecida e estão esperando julgamento do plenário. Até então, manifestou-se o relator, o min Marco Aurélio; já em voto-vista, o min. Luís Roberto Barroso, bem como o min. Edson Fachin.

O RE 566471 trata especificamente sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS. O relator, o min. Marco Aurélio, faz indagações retóricas em seu voto, as quais são imprescindíveis para este trabalho, porquanto a prática concessória dos requerimentos de acesso à saúde pelos tribunais, mesmo sendo um direito que se reveste de natureza programática e de executividade política. Seguem referidas indagações:

[...] teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo? Ou a relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva? Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos? A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie? É possível a fixação de critérios

objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país? (BRASIL, 2016, p. 16)

A repostas do ministro-relator a essas indagações sugerem, pelo menos *prima facie*, a negativa de que ao Estado caiba fornecer remédios não disponíveis na lista do SUS ou não registrados na Anvisa²⁴⁰, pois suas ponderações entornam as questões de solidariedade familiar anteposta à solidariedade sócio estatal, estabelecendo que aos remédios disponíveis em lista do SUS, não há o que se discutir quanto a obrigatoriedade de seu fornecimento. Nesse ponto a política pública foi devidamente prevista pelo Executivo, logo não há argumentação de reserva do possível ou risco ao direito coletivo de saúde. Já a concessão individual daqueles de alto custo, depende da imprescindibilidade, salvo ainda a capacidade da família solidária²⁴¹. Porém, o relator adita seu voto proferido em 15 de setembro de 2016, inserindo a possibilidade de concessão também daqueles não registrados na Anvisa²⁴² (RE 657.718), ressaltando o caso apenas de imprescindibilidade, pois quanto à condição de solidariedade familiar esse requisito não seria adequado, uma vez que esse termo estaria realmente em desuso na sociedade contemporânea, e a formalidade civil não se sobrepõe à materialidade social²⁴³.

Já no voto-vista, o min Barroso também esboça seu temor à grandiosidade judicial nas questões de saúde, consoante expressa manifestação já colacionada acima. De fato, o ministro optou pela não concessão de remédios não contidos na lista do SUS ou não registrados na Anvisa, a não ser em caso extremo, estabelecendo parâmetros mais específicos para a superação do que seria a regra. Aduziu, então, que “o Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo,

²⁴⁰ RE 657.718.

²⁴¹ Argumento fundamentado na concessão de alimentos pelos familiares. Referência aos arts. 1.694 a 1710 do Código Civil.

²⁴² Com fundamento no art. 13 da resolução daquele órgão (Resolução RDC nº 8, de 28 de fevereiro de 2014, da Anvisa), que em algumas circunstâncias permitem a entrada daqueles fármacos, mas com a ressalva para proibição à comercialização.

²⁴³ Aditamento de Voto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>> Acesso em: 29 jul 2017.

salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos” (BRASIL, Notícias STF, 2016)²⁴⁴.

É preciso desjudicializar a matéria, pois o “Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde” (BRASIL, Notícias STF, 2016). Perceba-se a utilização da palavra ‘definição’. O Judiciário pode servir para dizer o direito no caso concreto, quando um cidadão faz *jus* a um remédio aprovado pela lista do Sistema Único de Saúde²⁴⁵, outra situação seria a concessão de remédios ainda em teste, proibidos pela ANVISA ou não incluídos naquela lista. Caso assim o fizesse, estaria criando políticas públicas cuja atribuição é política.

Há nesses fundamentos respeito às prescrições dos outros poderes, bem como à opinião da sociedade, pois conforme notícias do Supremo, o ministro Barroso:

[...] também destacou a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec. Tal diálogo, conforme o ministro, deverá ser exigido em um primeiro momento para verificar a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes – Conitec e o Ministério da Saúde – avaliem a possibilidade de sua incorporação no

²⁴⁴ Para ele os requisitos seriam para adquirir os remédios de alto custo pelo poder Judiciário: i) incapacidade financeira do requerente; ii) a não incorporação a lista não pode ter decorrido de manifestação expressa das autoridades competente; iii) inexistência de outro medicamento/tratamento disponibilizado pelo SUS; iv) comprovação da efetividade do medicamento pleiteado; v) protocolo de ação em face da União, já que a esta cabe a escolha dos remédios aprovados na lista do SUS. Já para os sem registro na Anvisa, o ministro é contra, a não ser que ele já tenha sido aprovado, porém o procedimento burocrático de incorporação não tenha finalizado (Notícias STF, 2016).

²⁴⁵ Luís Roberto Barroso chega a essa conclusão em seu trabalho: Da Falta de Efetividade à Judicialização Efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos, e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, n. 34, 2009. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 02 fev 2017.

âmbito do SUS mediante manifestação fundamentada. (BRASIL, Notícias STF, 2016)

Percebe-se neste ponto, que mesmo ainda estabelecendo exceções, há abertura do STF à participação popular e conscientização quanto à função daquela casa, proporcionando e fomentando o cunho deliberativo em questões de grande repercussão social.

4.2.3 A presunção de inocência e o HC 126.292/SP

Outro caso que desafiou a coerência e capacidade protetiva da Constituição no ano de 2016 foi a exegese dada ao conteúdo do princípio da presunção de inocência dentro do HC 126.292²⁴⁶. Esse *writ* foi impetrado em vista do seguinte caso: um réu condenado em primeira instância por roubo, a uma pena de 5 anos e 4 meses, recorreu em liberdade para o Tribunal de Justiça de São Paulo, onde foi ratificada sua condenação e decretada sua prisão em regime fechado para início de cumprimento de pena. Em vista de não haver transitado em julgado a sentença penal condenatória, a defesa interpôs o HC mencionado à Suprema Corte com fundamento no princípio da presunção da presunção de inocência estabelecido no art. 5º, LVII da CF/88.

Em sede de liminar, o ministro-relator Teori Zavascki concedeu a ordem para que o réu ficasse livre enquanto não houvesse a configuração do trânsito em julgado. O fundamento utilizado pelo relator foi o outrora (atual à época) entendimento pacificado em um precedente de 2009 (HC 84.078²⁴⁷), no qual o STF entendeu que o réu só poderia iniciar o

²⁴⁶ Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>> Acesso em: 5 jul 2016.

²⁴⁷ Ementa do julgado: EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os

preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas

cumprimento de sua pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O julgamento do HC 84.078, tornou-se um *leading case* porque antes disso, a Corte permitia a execução da pena a partir da segunda instância, exegese criticada veementemente por outros atores constitucionais, bem como tinha críticas dentro da própria casa, posto que esse seria um entendimento que afrontava diretamente o texto constitucional.

Contudo, em 2016, menos de 10 anos do precedente acima mencionado, o Tribunal revisita o tema e, em sede de julgamento, modifica novamente seu entendimento. Pois bem. Apesar da concessão da segurança em sede liminar, no julgamento, o relator modifica seu voto e determina novamente a prisão do acusado para que este retorne ao cumprimento da sua pena. Fundamenta sua decisão especialmente: i) nos diversos entendimentos que, mesmo após a Carta de 1988 já correspondia a essa exegese, como alguns julgamentos da Corte antes de 2009²⁴⁸. Nos arts. 669 do CPP que permite prisão antes do trânsito em julgado, art. 27, §2º da Lei 8.038/90 e 637 do CPP que concedem apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário, bem como que as súmulas 716 e 717 que permitem também o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado; ii) que a extensão do princípio da inocência se finda com a ampla devolutividade ocorrida em segunda instância; iii) que a lei da ficha limpa corrobora para o atual entendimento, pois já torna inelegível um candidato se este for condenado por um tribunal colegiado (2ª instância); iv) internacionalmente, o entendimento do princípio ora discutido respeita apenas o duplo grau de jurisdição; v) na natureza apenas de direito do recurso extraordinário, o que dificulta sua utilização; vi) que o *jus puniendi* do estado necessita de efetividade, tanto que concede o efeito apenas devolutivo para os recursos mencionados, havendo ainda proteção quanto algum abuso, como o HC. Com esses argumentos, o min. Teori Zavascki (relator) finaliza seu voto: “execução provisória de acórdão

beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165314&base=baseAcordaos>> Acesso em: 1º ago. 2016.

²⁴⁸ HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira – 28/06/1991).

penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (BRASIL, 2016, p. 19).

Acompanharam o relator a maioria da casa, compondo a corrente vencida, os ministros, Marco Aurélio, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Para estes membros, com essa decisão a Corte estaria desnaturando o objetivo de sua própria criação, que é a proteção constitucional, já que estariam inferindo uma interpretação impossível de se dá a um texto tão “claro e preciso” da Carta de 1988. Os principais argumentos da corrente vencida foram: i) necessidade de respeito à segurança jurídica, a sociedade não poderia viver numa volubilidade jurisprudencial; ii) o dispositivo não cabe técnicas hermenêuticas sofisticadas, pois há possibilidade de se escrever um nova norma.²⁴⁹; iii) ressalta o milenar caminho para a aquisição do direito fundamental à proteção da inocência e a incoerente e paradoxal mudança por poucos juízes de um tribunal, cuja função é justamente defender os direitos fundamentais²⁵⁰; iv) crítica à utilização do fundamento do direito comparado, já que o Brasil possui soberania e sua respectiva constituição; v) presunção de inocência é requisito de legitimidade para a execução da pena, não havendo que se falar em esvaziamento desse princípio no decorrer das instâncias; vi) há dados estatísticos para contrapor os argumento do relator, no sentido de que aos recursos especial e extraordinário são sim eficazes para reforma de decisões, e não um percentual mínimo como sugerido por Zavascki; vii) ainda há o apelo para o respeito à lei infraconstitucional, visto sua validade e eficácia, como a

²⁴⁹ Pertinente trazer uma passagem do voto do min. Marco Aurélio: “O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autoconterção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. (AURÉLIO, 2016, p.77/78)

²⁵⁰ O min Celso de Melo em seu voto: “[...]a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. (MELO, 2016, p. 82)

de execução penal, a qual traz o trânsito em julgado como necessário para a execução da pena²⁵¹.

Em virtude da mudança paradigmática de entendimento sobre a presunção de inocência dentro do HC 126.292, apesar de ter tido efeito apenas no caso concreto, isto é, não houve declaração de efeito *erga omnes*, diversos tribunais passaram a aplicar o precedente para fundamentar as decisões para início do cumprimento de pena já em segunda instância. Tanto que, o Conselho Federal da OAB e o Partido o Partido Ecológico Nacional – PEN, protocolaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's n. 43²⁵² e 44²⁵³) para conseguir a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, cuja redação estabelece a necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena já a partir da segunda instância. Nessas ações, a liminar foi negada e ambas estão pendentes de julgamento.

Além disso, na própria Corte, pelo dissenso estabelecido no julgamento do HC ora discutido, há concessão de ordem de liberdade quando os HC's são distribuídos para algum dos ministros da corrente minoritária. Como exemplo, cita-se o HC 135.100, no qual o min. Celso de Melo concede a ordem de liberdade para um réu que tivera decretada o início do cumprimento de sua pena já em segunda instância. Nesse sentido, demonstra-se a tensão estabelecida na própria Corte em vista da mudança paradigmática de entendimento que chega a ferir o próprio texto constitucional.

4.2.4 A decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio e a ADPF 402

²⁵¹ Nessa circunstância, o min. Celso de Melo finaliza seu voto: “ Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado” (MELO, 2016, p. 95).

²⁵² Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>> Acesso em 20 set. 2016.

²⁵³ Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 set 2016.

Neste tópico, adentra-se ao caso Renan, que atestou a crise institucional onde o Brasil está inserido. Passa-se à análise.

Em novembro de 2016, o partido Rede de Sustentabilidade protocolou uma Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (n. 402²⁵⁴), para atestar que quem está sob investigação criminal não pode ocupar cargos na linha sucessória do presidente da República, com especial fundamento no art. 86, § 1º, I, pois se ao Presidente da República, com denúncia recebida pelo STF, cabe afastamento de suas funções, não poderia ser diverso o entendimento para quem está na respectiva linha sucessória.

Inicialmente, diversos ministro estavam votando a favor dessa tese, como Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. Porém, não se efetivou o julgamento por conta do pedido de vista do ministro Dias Toffoli. O caso volta a julgamento, após a reiteração de pedido de liminar constante na ADPF pelo Partido Rede de sustentabilidade, notadamente, por causa do recebimento de denúncia²⁵⁵ contra o presidente do Senado, o Sr. Renan Calheiros. Com efeito, e em vista da maioria dos ministros já terem se manifestado, bem como seguindo entendimento anterior da casa²⁵⁶, o relator do caso, o min. Marco Aurélio, monocraticamente, determinou o afastamento de Renan. O relator:

²⁵⁴ Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=402&classe=ADPF-MC-Ref&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 01 fev 2017.

²⁵⁵ Baseada no inquérito n. 2.593. Foi protocolada em 01.12. 2016.

²⁵⁶ Aqui, há referência Ação Cautelar - AC 4.070, onde a procuradoria da República pediu o afastamento do então Presidente da Câmara, o Sr Eduardo Cunha, pelo embaraço e impedimento de investigação contra sua pessoa em virtude do desenvolvimento do seu cargo. Apesar de protocolado em dezembro de 2015, o pedido foi analisado apenas em 05 de maio de 2016, data que sucedeu em dois dias o protocolo da ADPF 402, onde o Partido Sustentabilidade pediu ao STF a determinação de que quem está sob investigação criminal com denúncia recebida pela STF não pode ocupar cargos na linha sucessória do Presidente da República. Isso é importante pois, quando o relator da AC 4.070 foi se manifestar sobre o afastamento de Eduardo Cunha, em vista de embaraço às investigações (fundamentada no art. 319, VI do CPP), complementou também com o argumento de que parlamentar sob investigação não poderia estar ocupando cargo de presidência em linha sucessória do presidente.

Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros. Com a urgência que o caso requer, deem cumprimento, por mandado, sob as penas da Lei, a esta decisão²⁵⁷

Ato contínuo foi expedido mandado ao Presidente do Senado, que em um patente ato configurador de crime de desobediência, esquिवou-se do oficial de justiça na execução do ato e recusou-se, através da mesa do Senado, a cumprir a ordem até que o plenário do Tribunal discutisse a matéria.²⁵⁸. Momento ímpar na história do Brasil, quando uma instituição

²⁵⁷ Referendo em medida cautelar na ADPF n. 402, 2016, p. 6.

²⁵⁸ Válido transcrever o texto constante na certidão do oficial de justiça que tentou notificar o Senador Renan Calheiros: “Certifico que, imediatamente após o recebimento do presente mandado em 05/12/2016, me dirigi, por ordem expressa da Secretaria Judiciária, sob orientação do Gabinete do Ministro Relator, à residência oficial da Presidência do Senado, às 21h30min, oportunidade em que me permitiram a entrada até a porta da residência. Nessa ocasião, por entre os vidros transparentes laterais da porta visualizei o senhor José Renan Vasconcelos Calheiros se despedindo do Deputado Rodrigo Maia. Ato seguinte, quando da saída do Deputado, uma assessora veio ao meu encontro e afirmou que Senador Renan Calheiros não se encontrava na residência. Ato imediato, afirmei que a informação não corresponderia à verdade, uma vez que conseguiria apontar para a figura do Senador caminhando em sentido oposto ao meu, no que me foi respondido illogicamente que o Senador não estaria na residência. Tal fato foi devidamente registrado pelo fotógrafo Dida Sampaio, em fotografia estampada no Estado de São Paulo e o Globo do dia 06/12/2016. A assessora solicitou para que retornasse no dia seguinte, às 11hrs. Informei o ocorrido à secretaria judiciária, no que me foi orientado a me dirigir a Presidência do Senado no horário agendado. No dia 06/12/2016, às 11hrs, me dirigi ao gabinete da Presidência do Senado. A partir desse momento até as 15hrs, (resultando um montante de 4 horas de espera), fui submetido a toda ordem de tratamento evasivo dos assessores, que ora se revezavam em afirmar que o Senador estaria em reunião, ora me deixavam sem nenhuma informação concreta, a aguardar em uma sala de espera. Ao fim, às 15hrs, depois de certa insistência, obtive contato com o chefe de gabinete, Alberto Machado Cascais Meleiro, que me entregou o documento anexo informando a recusa em receber a notificação. Diante do exposto, devolvo o presente mandado sem o seu efetivo cumprimento” (Referendo na MC na ADPF, 2016, p. 7-8).

desobedece frontalmente aos ditames de outra. O ministro Marco Aurélio, quando de sua exposição para o julgamento plenário, teceu:

O pulo apontado como saída para o impasse, decorrente do fato de não se haver respeitado decisão do Supremo – a liminar –, sequer recebendo, os destinatários das notificações, o Presidente, senador Renan Calheiros[...] fere de morte a Lei das leis da República, fragiliza o Judiciário, significando prática deplorável. Alfim, implica a desmoralização ímpar do Supremo. O princípio constitucional envolvido passa a ser um nada jurídico, a variar conforme o cidadão que esteja na cadeira, tendo surtido efeitos relativamente ao Presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha, como surtiu na dicção do ministro Teori Zavascki, cumprida antes do referendo, subscrita por todos os ministros que hoje integram o Supremo, mas não para o senador Renan Calheiros. A que custo será implementada essa blindagem pessoal, inusitada e desmoralizante, em termos de pronunciamento judicial? (BRASIL, 2016, p. 12)²⁵⁹

Quase que imediatamente à decisão monocrática, veio a decisão plenária²⁶⁰, na qual apenas parcialmente foi mantida a decisão de Marco Aurélio, pois alguns ministros que já tinham votado, reformularam em parte seus votos, para decidirem que quem está sob investigação criminal na Corte Constitucional, não pode suceder o Presidente da República em linha sucessória, entretanto, não seria necessário o afastamento do cargo²⁶¹.

²⁵⁹ Atente-se para a referência à decisão monocrática de Teori Zavascki na AC 4.070, referendada pelo plenário, na qual também se utilizou a fundamentação da impossibilidade de ocupação de cargo em linha sucessória do Presidente da República daquele que é réu perante o Supremo.

²⁶⁰ Segundo Streck e Oliveira (2016), o julgamento plenário se deu por causa de uma engenhosa articulação política nos bastidores de ambos os poderes, em vista da nítida tensão instaurada.

²⁶¹ Segue parte do texto do referendo em medida cautelar na ADPF n. 402: “[...]2. Em 7.12.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal “referendou, em parte, a liminar concedida, para assentar, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso

Nesse sentido, Streck e Oliveira (2016):

A maioria que se formou e acabou por consolidar o julgamento da matéria, com alguma nota secundária de entendimento, acabou por perfilar a posição do decano e, com isso, produziu aquilo que podemos nomear como o terceiro elemento dessa espécie de triunvirato do desastre constitucional: 1) o ministro Marco Aurélio profere uma decisão liminar que rompe com o equilíbrio constitucional; 2) a Mesa do Senado recusa-se a cumprir uma decisão, da qual ainda cabia recurso, sob o argumento de uma pretensa “desobediência civil”; 3) o Plenário do STF esboça uma solução salomônica, referenda-a e acaba, com isso, por fazer uma emenda constitucional (como se poder de reforma fosse) colocando ao lado da lista que compõe os eventuais sucessores da presidência da República (artigo 80 da CF/1988) a expressão “salvo se forem réus em processos criminais.

ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, e, por maioria, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, negou referendo à liminar, no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar concedida. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, não referendou a medida liminar na parte em que ordenava o afastamento imediato do senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, restando prejudicado o agravo interno. O Ministro Celso de Mello ajustou a parte dispositiva de seu voto de mérito, proferido na assentada anterior, aos fundamentos dele constantes, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, mantidos os termos de seu voto. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+402%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/h8zxkr3>> Acesso em 01 fev 2017).

Diante desse caso, nítida resta a tensão inter e intrainstitucional alocada no Brasil em vista da postura das instituições, ora do Legislativo com decisões que não respeitam o texto expresso constitucional ou o Judiciário quando ultrapassa as fronteiras de sua competência. Para fins ainda de exemplo, citam-se outros casos paradigmáticos de 2016 que retratam tal quadro brasileiro, especialmente os casos que demandam uma atividade profunda da Jurisdição Constitucional por tratarem de questões fundamentais ou inserção em competência alheia. São eles: i) Anulação da nomeação de Ministros nomeados pela Presidente Dilma Rousseff (ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes); ii) Crise financeira dos Estados para o cálculo da dívida (MS 34023, MS 34110 e MS 34122) e para repartição da multa da lei de repatriação (ACOs 2934, 2935, 2936, 2938, 2940, 2941 e 2942); iii) Inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês da gestação (HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio); iv) vaquejada (ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio); Desconto em pagamento de servidores público em greve (RE 693456 RG, Rel. Min. Dias Toffoli)²⁶².

²⁶² Interessante mencionar, por fim, o caso do Senador Aécio Neves. Neste, a ele foi determinado pela 1ª turma do STF (por estar sendo investigado por corrupção passiva e organização criminosa) que se afastasse do exercício da função pública, que houvesse recolhimento domiciliar noturno, que o Senador também ficasse sem estabelecer contatos com outros investigados, restringindo, ainda, a possibilidade de sua saída do país. Contudo, em vista da imunidade parlamentar, da necessidade de aprovação pelo Legislativo para a prisão preventiva, bem como pela ausência de norma constitucional que autorizasse a aplicação de medidas cautelares a parlamentares diretamente pelo STF, houveram diversas críticas e recursos à determinação suprema, o que ensejou em julgamento plenário da matéria. A decisão final teve um quórum de 6 a 5, para que se fosse aplicada medida cautelar a parlamentar, para sua efetivação, necessitaria da autorização do legislativo (agravo em AC 4327, MS 35230 e 35231). Com esse exemplo, pretende-se demonstrar que os conflitos existem dentro de uma democracia, mas a decisão do povo deve sempre prevalecer, a decisão final então respeitou a Constituição e a competência legislativa. Mesmo com votação apertada, dá-se o crédito e legitimidade da decisão do Supremo.

Ainda, quando havia apenas a decisão da primeira turma, válido as palavras de Lênio Luiz Streck sobre o caso: “O que quero dizer é que Pedro e eu varamos a madrugada procurando nas nossas Constituições a parte que permite que o STF suspenda mandato de senador. E não encontramos. Nem quero nem falar sobre a proibição de sair à noite. Enfim, o que importa é que parece definitivamente vencedora a tese do realismo jurídico, isto é, a tese de que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é”. *In*: STRECK, Lênio Luiz. HC não conhecido é como

4.3 A PROPOSIÇÃO À PERQUIRIRIÇÃO DEMOCRÁTICA

Até aqui se expôs uma teoria democrática, a qual exige determinadas dimensões, condições e instituições básicas para se caracterizar a democracia real que deve se conduzir para vertente ideal. As dimensões estabelecidas foram: participação e oposição. Já as instituições, necessárias para o desenvolvimento das dimensões são: funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fontes de informação diversificadas, autonomia para as associações e cidadania inclusiva, as quais são atingidas e delineadas pelo desenvolvimento de cinco fatores como: controle estrangeiro, controle do poder militar e da polícia, conflitos culturais, cultura e convicções democráticas, economia de mercado e sociedades modernas. Ao se deter na existência de conflitos culturais, cultura e convicções democráticas²⁶³, demonstrou-se como é imprescindível para o ideal democrático a disseminação da cultura democrática pelos atores constitucionais e por toda a sociedade, a qual se demonstra através da confiança em institutos como legitimidade democrática, autoridade, cooperação e eficácia das instituições.

Esse fator da cultura e convicções democráticas (juntamente com os outros), como variável que desenvolve as dimensões da (e a) democracia, faz isso pela possibilidade de se reduzir as desigualdades políticas e permitir o maior grau de participação na tomada de decisões. Para isso, cunhou-se o desenvolvimento de um *minipopulos*²⁶⁴, o qual

recurso contra tortura sem efeito suspensivo. **Revista Conjur online**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-set-28/senso-incomum-hc-nao-conhecido-recurso-tortura-efeito-suspensivo>> Acesso em: 08 out 2017.

²⁶³ Que se refere também ao fator Crença de Ativista Políticos usado no livro Poliarquia.

²⁶⁴ Aqui é imperioso trazer o grande nome que traz a ideia da necessidade de um espaço público por excelência para o debate, cunhando o termo da democracia deliberativa (a qual foi uma mescla da democracia representativa e da republicana) que influência sobremaneira as teorias democráticas contemporâneas, o expoente é Jürgen Habermas. Ele percebeu a necessidade de desenvolvimento de uma política deliberativa, a qual proporcionasse efetivamente a comunicação entre os padrões normativos intersubjetivos dentro da sociedade, visando o alcance de resultados racionais. Tal modelo político vislumbra a sociedade como corpo heterogêneo, o qual necessita estar em efetivo diálogo para uma tutela estatal abrangente e não excludente, rejeitando-se,

pode entendido como um complemento às instituições para fortalecer as decisões democráticas. Nesse instituto, os cidadãos podem ter espaço para deliberação e disseminação de ideias para o bem comum buscando mostrar a opinião do povo aos seus representantes, objetivando sempre a pacificação de algum conflito social através da democracia.

Dentro apenas desse contexto, se analisada fosse a vertente de Hans Kelsen, bem como de Ronald Dworkin sobre a legitimidade da tomada de decisões por Corte Constitucionais, restaria caracterizada a infração ao regime mais caro e buscado pelo Estados, pois feriria (com uma análise superficial) algumas condições/institutos democráticos,

outrossim, a noção de certeza de valores preexistentes idealizada pelo modelo republicano. Nessa perspectiva, a problemática da legitimidade obtém nova feição: “O problema, pois, acerca do fundamento, deslocado, agora, para a pergunta de uma emergência da legitimidade através da legalidade, é reconstruído procedimentalmente, enquanto institucionalização jurídica das condições comunicativas sob as quais o próprio Direito seria legitimamente produzido e, no contexto de uma sociedade complexa, todos os afetados pelas normas jurídicas poderiam, em princípio, ser considerados co-autores dessas mesmas normas” (HABERMAS, 2003, p. 22). Em sua análise, o filósofo alemão verifica a necessidade, dentro do contexto democrático, do livre trânsito de sugestões, consolidando-se, ao final da dialética intersubjetiva, a força do melhor argumento. Edifica-se, dessa forma, uma comunidade discursiva inclusa num contexto burocrático-institucional no qual Estado e opinião pública não se confundem. Percebe-se que o cerne do modelo habermasiano é evidenciado na concepção de um autêntico espaço público, o qual seja capaz de proporcionar a convergência dos influxos comunicativos indispensáveis para uma oxigenação do aparato normativo. Tal autenticidade se daria por meio da institucionalização dos procedimentos, na medida em que seria garantida uma legítima deliberação acerca do conteúdo das leis, evitando-se a cristalização de valores não raramente incompatíveis com as aspirações sociais, notadamente dentro de uma sistemática democrática representativa. Destarte, verifica-se que a democracia procedimental visualiza a cidadania como meio de integração social para a construção de uma política deliberativa, a qual coloca à disposição dos cidadãos meios institucionais que garantam uma apreciação racional das decisões nos processos legislativos. Nessa linha de pensamento, assevera Marcos César Botelho (2012, p.6): “Habermas propõe uma democracia que parte da visão heterogênea da sociedade, acolhendo, a outro giro, a necessidade de deliberação formulada pela visão republicana, rejeitando, contudo, o modelo de certeza postulado por essa tradição, afirmando que a força legitimadora reside na institucionalização de procedimentos e das condições de comunicação, contribuindo para a formação da vontade e opinião pública, estabelecendo uma política deliberativa que se apoia na formação democrática da vontade e na formação informal da opinião”.

como os critérios de funcionários eleitos e eleições, além da cidadania inclusiva.

Contudo, segue-se o estudo expondo sobre o constitucionalismo e os pré-compromissos da sociedade para com acordos entre os sujeitos de direito, cujo objetivo foi estabelecer limites ao poder estatal, respeitando as liberdades individuais, bem como proporcionando mecanismos habilitadores de governabilidade. Através dessa doutrina, adentra-se ao Estado de Direito e posteriormente ao Estado Democrático de Direito, com a inclusão participativa constante ocorrida pelas mudanças e exigências sociais. Destarte, esclareceu que mesmo havendo compromissos estabelecidos muitas vezes por gerações anteriores, eles se revestem na verdade de eminentes formas de se manter uma convivência social que não retroceda a momentos absolutos e ditatoriais, isto é, revestem-se de verdadeira proteção ao surgimento de interesses contrários à liberdade do indivíduo. Ademais, uma Constituição, apesar de estabelecer normas para futuras gerações, seus princípios e regras não são totalmente imutáveis, justamente pela transfiguração social, necessidade de respeito ao pluralismo e a eterna busca pela democracia ideal. Portanto, o respeito à Constituição, a qual estabelece direitos fundamentais mínimos, limitando a atuação política e estruturando institucionalmente um Estado, corrobora para ascensão democrática.

Daí a importância do respeito aos ditames constitucionais e crescimento inerente de formas de controle para respeitar o poder da Constituição. Perceba-se, todos – cidadãos e instituições – devem respeito à Constituição, porém pela falibilidade humana, especialmente quando há detenção de poder, surge a necessidade dos mecanismos de controle. Com efeito, o mecanismo mais conhecido é o sistema de controle de constitucionalidade, feito pelo Poder Judiciário, o qual se consubstancia numa técnica de proteção à conquista da ordem constitucional, bem como numa forma de adequação estatal aos ditames constitucionais. Ele é para ser um engendro para proporcionar um governo de juízes (MOREIRA, BIGONHA, 2010). A atuação jurisdicional, especialmente a Jurisdição Constitucional, encontra limites na própria Constituição.

Conforme exposto, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade depende sobremaneira da história sociopolítica de cada país. Por exemplo, nos Estados Unidos, em vista da guerra para independência da Inglaterra, seguiu-se para um controle feito pelo Poder Judiciário. A influência da supremacia parlamentar inglesa sob os estados americanos foi refletida de forma negativa em vista da dominação sofrida. Por outro lado, já a própria Inglaterra, pela conquista burguesa na Revolução Gloriosa, converge para o controle feito pelo Parlamento,

instituição que foi alastrada pela classe que tentava ascender. A França, por sua vez, segue o mesmo modelo inglês, onde a burguesia buscou se desamarraçar do absolutismo, impondo uma Constituição para limitar os poderes da realeza, a qual indicava diretamente os juízes naquela época, restando, assim, ao parlamento os atos de controle. Contudo, hodiernamente, há evolução para Conselhos ou Tribunais Constitucionais em vista da necessidade crescente de proteção de direitos humanos. Ou seja, mesmo entendendo ser competência do Judiciário ou Legislativo, paira sempre a necessidade do respeito aos ditames constitucionais.

Essa dicotomia de legitimidade é a matriz para o grande debate entre grandes juristas e filósofos do mundo moderno e contemporâneo, os quais buscam desvendar a quem cabe (tem legitimidade para dar) a última palavra sobre o sentido constitucional dentro de um sistema constitucional de três poderes e que respeite o regime democrático. Não apenas com o embate mais conhecido, entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, mas desde Sir Edward Coke na Inglaterra (pós-Revolução Gloriosa) já se discutia caber aos juízes a consonância de leis aos ditames constitucionais, em detrimento da doutrina majoritária da supremacia parlamentar. O embate entre Schmitt e Kelsen advém apenas no século XX. Aquele, alemão, incitante das premissas autoritárias do Terceiro *Reich*, convenientemente, preza que ao Executivo cabe a última palavra sobre o sentido constitucional, em vista da defesa à unidade do povo que confiou através do voto no representante do Executivo, em detrimento do pluralismo partidário do parlamento que poderia ferir a unidade do povo alemão, bem como pela falta de legitimidade democrática de uma Corte Constitucional. Essa teoria padece, portando, de uma matriz consonante com a ideia de uma democracia participativa e oposicionista imprescindível com o pluralismo social, já que se entendesse os argumentos de Schmitt, restaria o poder nas mãos apenas do Executivo com possibilidades de retorno ao autoritarismo absolutista.

Já Kelsen, estabeleceu que à Corte Constitucional caberia o controle de constitucionalidade, buscando preservar a separação de poderes, o pluralismo e o limite à atuação estatal, asseverando que a função do tribunal era prezar pelo respeito à Constituição em detrimento de possíveis violações dos poderes políticos. Frise-se, Hans Kelsen não tentou que aos ministros coubesse qualquer tipo de julgamento, mas sim os consonantes com a Constituição. O problema que paira nesta vertente reside no fato de que ao Tribunal Constitucional restaria o julgamento inclusive de situações que fogem de sua competência ou que se revestem de questões profundas de uma sociedade, pois o próprio texto constitucional pode ser vago, ambíguo e abstrato, não contemplando

expressamente. Assim, apesar de Kelsen relevar o respeito à Constituição, não aclarou sobre o texto vago e impreciso de algumas normas constitucionais. Logo, ao decidir sobre questões morais profundas, a Corte desenvolveria uma função de um legislador positivo, característica incompatível com a sua estrutura institucional. Nesse sentido, as próprias normas constitucionais de separação de poderes, representatividade e soberania popular restariam desrespeitadas.

Nessa mesma esteira segue Dworkin e a defesa do controle de constitucionalidade por conta da expertise judicial para tratar sobre princípios e proteger minorias, contudo não é empiricamente demonstrada essa especialidade da justiça, bem como porque um grupo de ministros que é indicado pelo executivo e aprovado pelo legislativo²⁶⁵ poderia também beneficiar interesses de minorias em detrimento de majorias. Na verdade, como já demonstrado, desde a escolha/edição/aprovação das normas a serem tuteladas, como decisões posteriores que são tomadas pelas instituições estatais ou por ramos da sociedade, todas elas estão diretamente interligadas a algum interesse específico, já que tomadas por pessoas que têm valores morais individuais e se vinculam a determinado grupo de ideias. Assim, as que prevalecem são aquelas mais bem articuladas, que conseguem manter o maior número de adeptos a fim de ver sua bandeira na comissão da frente, sendo o percentual participativo importante para a promoção da respectiva concepção. Desse modo, não se demonstra que haja sempre indiscutível proteção a direitos de minorias numa Corte Constitucional, majorias também são beneficiadas, havendo eminente e relevante papel representativo no Tribunal²⁶⁶. Ressaltando, portanto, que o julgamento consoante os interesses do governo têm uma porcentagem bem maior de consenso no Tribunal Constitucional brasileiro.

Por outro lado, Waldron tenta desqualificar a importância do *judicial review* para a democracia e o grande desacordo que paira na sociedade, cabendo ao parlamento – poder eminentemente popular por representar o povo e desempenhar a função legislativa – a maior legitimidade para a tomada de decisões constitucionais. Isso porque, consegue quantitativamente respeitar o mais os interesses do povo,

²⁶⁵ Pelo menos nas regras brasileiras.

²⁶⁶ Nesse sentido, relevante mencionar o trabalho de Luís Roberto Barroso intitulado *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

legítimo detentor do poder. Quanto ao fator qualitativo, não se entende que ao Judiciário caberia uma interpretação e deliberação mais digna do que aos congressistas. Entende-se que existem profundos desacordos, por isso que é imanente ao sistema social pluralista mecanismos procedimentais de controle para proteger a ordem constitucional e democrática. Contudo, quando se esguicha questões polêmicas, em vista do texto constitucional propiciar amplitude interpretativa ou porque a própria Carta Constitucional não prevê uma norma específica para uma dada situação, ao Legislativo caberia a legitimidade para a tomada de decisão já que representa os detentores do poder. Concorde-se nesta pesquisa com Waldron no que tange à existência de desacordos e no ponto da necessidade de procedimento para as questões morais profundas, porém reconhece-se a legitimidade do controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário no Brasil, em vista de ser mecanismo previsto na Carta Constitucional mais democrática do país. Sendo a função bem desenvolvida pelos seus membros, no que tange à compatibilidade dos atos dos poderes políticos para com a Constituição.

Já com Ely Hart, apesar da pertinência teórica, a conclusão de que as normas constitucionais se revestem prioritariamente de questões procedimentais não é aferível no Brasil, em vista da profunda e substantiva Carta de 1988, a qual exige respeito a uma série de direitos fundamentais individuais, sociais e, claro, procedimentais. Entretanto, releva-se o respeito dado ao controle de constitucionalidade pelo autor, pois esse mecanismo enaltece os ditames do constitucionalismo e do respeito às escolhas democráticas de um dado povo.

Essas teorias se tornam pertinentes e de indispensável continuidade, máxime porque a maioria dos países delegam ao Judiciário a função de guarda da Constituição, possibilitando o fenômeno da Judicialização da Política. Porém, o poder Judiciário, no desenvolvimento da jurisdição constitucional, em determinadas situações, desrespeita normas constitucionais como regras de competência, de representatividade ou a própria soberania popular, ensejando no ativismo judicial. Este é prejudicial ao autogoverno, pois é a partir do desenvolvimento dos mecanismos que o compõe (inserção em competência de outros poderes ou fundamentação solipsista, aquém dos ditames constitucionais), que efetivamente solapam-se as normas constitucionais. E é nessa busca cognitiva para desvendar se realmente a esse poder cabe a guarda da Constituição que continua imersa a área constitucional, em vista da eterna busca dahlsiniana.

Como há diversas críticas às teorias de última palavra em vista da insuficiência científica para findar a crise da jurisdição constitucional e

democrática, vêm à tona as teorias dialógicas²⁶⁷. Neste trabalho, entende-se que as teorias de última palavra hoje, com mais ou menos força, inserem-se dentro do contexto dessas supostas novas teorias. Fala-se sobre inserção porque há respeito a uma postura judicial através do controle de constitucionalidade e também à postura interpretativa constitucional legislativa. Não obstante, aduz-se aqui que essa teoria não se traveste em uma terceira via como assim seus autores retratam, pois os diálogos institucionais buscam e demonstram um axioma já constante na remota teoria de separação e equilíbrio entre os três poderes.

A teoria tripartite se reveste como garantia da ordem constitucional e de proteção contra governos monocráticos. Até mesmo no germinal desta regra de separação de poderes, objetiva-se a limitação de poder entre as autoridades do Estado, para que nenhuma se tornasse mais absoluta que a outra. Por sua vez, permitiu-se a independência das instituições do Estado, entretanto, elas são também interdependência, o que consubstancia o conhecido sistema de freios e contrapesos. No Brasil, essa regra, já é averiguada desde a Constituição de 1946 até a atual Carta de 1988, as quais estabeleceram diversos dispositivos (inclusive a norma sobre controle de constitucionalidade) que proporcionam ainda mais essa interatividade, através da regra da independência e harmonia entre as funções do Estado.

Desse modo, se o respeito à Constituição deve vir de toda a sociedade, a todas as instituições cabem dar esse mesmo respeito, a interpretação deve ser universal. Há o estabelecimento de competências mais específicas para cada poder desenvolver uma parte das funções estatais. Porém, com previsão de interdependência decisiva e de controle, já que as instituições também são passíveis a erros que podem desnaturar a estrutura democrática.

Logo, ao se tratar de teorias dialógicas entre as instituições (apesar de se reconhecer que suas nuances são válidas para o respeito e desenvolvimento democrático, pois exige a convicção democrática e cooperação entre as instituições), não se concebe essa vertente como uma resposta nova para solucionar a crise da jurisdição constitucional. Na verdade, reaviva para dentro da discussão sobre a legitimidade constitucional um mecanismo já existente dentro da separação constitucional de funções com a utilização do termo diálogos para o que dantes já se chamou de freios e contrapesos, equilíbrio ou interdependência. Ademais, como ressaltado, as próprias caracterizações

²⁶⁷ Conforme classificação escolhida por este estudo.

das teorias dialógicas envolvem os mecanismos das teorias de última palavra. Isto é, respeitam o controle de constitucionalidade pelo Judiciário ou apenas o tratam com menos força. Por outro lado, aceitam que ao legislativo também é possível a interpretação da Constituição. Ora, isso é uma coisa lógica, pretende-se que todos respeitem a Constituição, o problema é a existência de decisões e atitudes errôneas que precisam ser corrigidas, inclusive se tomadas pelo Judiciário. Essas sim geram crise no interior e entre as instituições, o que mina a democracia, a qual exige pacificação social. E esse quadro é aferido no Brasil.

Enumeram-se, pois, mecanismos constitucionais que são utilizados para demonstrar a existência e a pertinência democrática da dialogia interinstitucional. Porém, percebe-se, ao mesmo tempo, que esses mecanismos representam também o desenvolvimento de funções típicas e atípicas, bem como o controle de um poder para com o outro ou mesmo da sociedade para com os poderes do Estado. Seriam: a declaração de constitucionalidade, mandado de injunção, declaração de inconstitucionalidade por omissão, *amicus curiae*, audiências públicas, emendas à Constituição, elaboração de novas leis, decisões com modulação de efeitos etc. Infere-se, desse modo, que apesar de reconhecer a existência de uma dialogia entre poderes, isso não constitui fato novo ou nova teoria que consiga resolver o problema da Jurisdição Constitucional, como também sua tensão com o Legislativo. Na verdade, as premissas utilizadas consubstanciam formas de evolução constitucional em busca do ideal democrático, sendo a interligação entre poderes regra remota, que como toda e qualquer norma constitucional real que prima por atingir um ideal democrático pode ascender e modificar-se para galgar sempre mais e mais as dimensões de participação e oposição universal, através de atualização ou edição de novas regras.

Já quanto a proposição do brasileiro Conrado Hübner Mendes, converge-se com o mesmo para o reconhecimento democrático do controle jurisdicional de constitucionalidade. Porém, no que tange a afirmação de provisoriedade de decisão (última palavra provisória), discorda-se. Porque, como já mencionado, o mecanismo de controle é essencial numa democracia constitucional, então à alguma instituição estatal caberá fazer essa acareação constitucional para permitir a validade da norma. Para isso, tem que se decidir, dando-se uma decisão final, mesmo que no curso do procedimento haja possibilidade de instrumentos de recursos para promoção de mais debate. Dessa forma, mais cedo ou mais tarde a decisão final é tomada, seja por um poder ou por outro, tudo depende de sua competência e do respeito às normas democráticas.

Desse modo, no Brasil, ratifica-se a função de controle constitucional ser cabível ao Supremo Tribunal Federal, já que a ele cabe precipuamente a guarda da Constituição, conforme a CF/88. Além de ser reconhecido esse papel pela Constituição, fundamenta-se ainda historicamente essa função, visto que a Carta da década de 1980 é a mais democrática da história do país, tendo o STF desenvolvido notório papel representativo. Essa função da Jurisdição Constitucional prima pelos direitos fundamentais, possibilitando que tanto maiorias como minorias (todos os cidadãos) possam ter a oportunidade de se opor a uma regra/norma política que caminhe de encontro a seus interesses.

Por outro lado, não se entende como legítima qualquer postura do STF (ou mesmo legislativa) que desrespeite os ditames constitucionais ou mesmo por desenvolver assuntos que não lhe competem, sobreponham-se às competências de outros poderes. Isso sim é ilegítimo e gera crise institucional e interinstitucional. Nessa senda, é que se reconhece que há crise da jurisdição constitucional, tanto que os casos citados no tópico 4.2 servem para demonstrar como em alguns julgamentos há ocorrência de ativismos, os quais são gerados, notadamente, porque os ministros da suprema Corte (ou o próprio Legislativo), no ponto que tratam de questões conflituosas de Estado, dizem estar julgando conforme a Constituição, posto a existência de textos vagos, permissivos e de ampla interpretação. Como essa amplitude textual é fato na CF/88, o STF deveria decidir, em vista especialmente da inafastabilidade da jurisdição, asseverando que: por se tratar de questão que promove amplo desacordo moral e pela circunstância de não haver expressividade do constituinte originário (representante do povo), cabe ao próprio povo decidir, e por se estar numa democracia representativa, que ao poder que o representa decida, isto é, o Legislativo.

Quanto aos casos estabelecidos no item 4.2, vale esclarecer: no primeiro, sobre o *impeachment*, que a consonância do procedimento de uma lei datada de 1950 com a Constituição é atividade legítima do STF, porém a exacerbação interpretativa do dispositivo para determinar que ao Senado também caberia a aprovação da denúncia, na visão deste trabalho acresceu-se norma não constante no texto da Constituição. Já a segunda parte que trata do processo de *impeachment* tem a intenção de mostrar que não cabe extrapolar o texto constitucional a nenhum dos Poderes. O Senado agiu de forma inconstitucional e com desrespeito à integridade do direito quando separou a pena da ex-Presidenta Dilma Rousseff, posto que o texto é claro ao expressar que à perda do mandato, atrela-se a inabilitação política por 8 anos. Nesses dois momentos houveram

excessos por parte dos poderes no momento de suas interpretações e aplicações, com frontal desrespeito à Constituição e à democracia.

O segundo caso apresentado, que trata de remédios de alto custo ou não aprovados pela Anvisa, que chegou ao STF por meio de Recursos Extraordinários, também se reveste de uma competência constante na própria Constituição. O julgamento desse tipo de recurso cabe ao STF, o qual precisa dar uma resposta. Porém, vale ressaltar que essa matéria trata de políticas públicas cuja competência é dos poderes políticos, mas quando essas políticas não correspondem aos interesses de todos os indivíduos, os desprotegidos tentam ver seus anseios sanados pela justiça. Aqui surge o problema, o Supremo não pode se esquivar de decidir, entretanto a matéria em tese não lhe compete. A questão já evoluiu, porém no caso dos autos ainda gera grande desacordo, o que deveria restar por ser decidido pelo próprio povo, para fins de se evitar o ativismo judicial.

Vale ressaltar ainda nesse caso, que houve evolução nos argumentos dos ministros que manifestaram seus votos, pois estipularam a não concessão *prima facie* de remédios e medicamentos de alto custo ou não aprovados pela Anvisa em sede de processo judicial, já que essa função foge de suas competências. Ademais, restou claro a necessidade de se ouvir instituições/setores sociais ligados à área da saúde para aferir a melhor solução para o caso. Porém, ainda se continuará a conceder a tutela jurisdicional caso preenchidos determinados requisitos. Mais uma vez se volta para a usurpação da competência e a ideia de desrespeito à vontade popular. Ressalte-se que se entende que há uma constante busca de inserção participativa para fomentar a democracia. Desse modo, quando se pensa outrora – direta concessão pelo Judiciário de medicamentos e tratamentos de qualquer custo – já ocorreu um maior respeito democrático pela jurisdição constitucional ao se levar em consideração – pelo menos em regra – as disposições constitucionais de competência dos poderes.

Quanto ao caso que envolve o princípio da presunção de inocência, verifica-se nitidamente que o Judiciário desrespeitou o constituinte originário, bem como o legislador ordinário ao desconsiderar o pressuposto do trânsito em julgado previsto no art. 5º, LVII da CF/88, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais. Ou seja, desconsiderou literalmente e frontalmente a vontade do povo, legítimo detentor do poder. A indignação pessoal dos magistrados, que pode ser até o pensamento de muitos outros cidadãos, sobre a inefetividade da persecução criminal no Brasil não pode fazer do Judiciário o poder soberano em detrimento dos outros, isso vai de encontro a toda conquista constitucional e democrática da sociedade brasileira.

Já a decisão monocrática de Marco Aurélio reveste-se de estopim para a sociedade brasileira inferir a nítida crise entre os poderes republicanos instituídos. Se a função do STF é a guarda da Constituição, não tem como ele criar normas constitucionais e estabelecer o afastamento de um parlamentar de seu cargo porque ele se tornou réu perante àquela Casa, estabelecendo que um senador não poderia ocupar cargo na linha sucessória do Presidente da República. Mais uma vez, a utilização de decisionismos conforme a consciência do julgador não é prevista na função constitucional do Supremo, isso é ativismo, fenômeno que caminha na direção inversa da busca democrática.

No atual cenário, é nítida a crise institucional da jurisdição constitucional, bem como o acirramento de sua relação com o Legislativo quando se está em jogo matérias que geram desacordos profundos dentro de uma sociedade complexa. Quanto a solução, essa não é aferível em vista da impossibilidade de se existir acordo pleno. Assim, busca-se, pois, uma minoração de danos democráticos e busca pelo aprimoramento das normas e mudança normativa, assim como ocorre as mudanças sociais, política, econômicas etc. Mas essa modificação ocorre a partir do dono do poder, o povo, através de sua participação e oposição política. A ele compete buscar sempre pela pacificação social e pela democracia e não apenas a 11 magistrados que tentam criar leis dentro de julgamentos com malabarismos interpretativos. Para este trabalho, portanto, restou que o problema, não é se a função de controle de constitucionalidade cabe à Corte Constitucional, mas sim a necessidade do desenvolvimento correto das funções constitucionais por cada um dos poderes e o respeito destes aos interesses do povo. Inclusive, a própria sociedade deve se desincumbir para incitar as mudanças necessárias na condução dos processos de tomada de decisão, seja pela mudança de comportamentos dos atores constitucionais²⁶⁸ ou pela incitação à modificação das próprias regras que se mostram anacrônicas à realidade social e política de um país.

Desse modo, esse mecanismo de controle de constitucionalidade dado à Jurisdição Constitucional, serve de aferição dos atos estatais em face da Constituição, já que ela foi estabelecida por um pré-compromisso democrático que partiu de um acordo dos próprios sujeitos de direito. Logo, compreende-se como legítima essa função, sem qualquer apologia

²⁶⁸ Pois, mais uma vez, a todos os atores constitucionais (poderes constituídos e sociedade) cabem: o respeito à Constituição e o desenvolvimento das suas funções com a devida efetivação de seus deveres constitucionais.

à prevalência de um poder sobre os outros poderes. Aos mecanismos dialógicos, dá-se o mérito de serem consubstanciados como instrumentos de comunicação e cooperação entre diversos atores constitucionais²⁶⁹, já que a interação é atrelada à independência, e todos os poderes devem participar da interpretação da consonância de suas funções com a Constituição, porém não se vê essas teorias como uma terceira via à crise da jurisdição constitucional. Elas tentaram trazer um conteúdo composto por mecanismos que há muito são previstos, os quais precisam ser mais utilizados ou mesmo melhorados.

Quanto à crise da função da Jurisdição Constitucional esta é claramente aferível, tanto no direito comparado (consoante já demonstrado), quanto no Brasil. Pois, além dos casos já citados, bem como a análise mais acurada do processo de *impeachment*, dos medicamentos de alto custo e os não aprovados pela Anvisa, presunção de inocência e definição de ocupação de cargo e linha sucessória do Presidente da República, tornam-se paradigmáticos para a ratificação e o desfiamto do atual quadro que se insere a Jurisdição Constitucional e, por outro lado, desta com o Congresso Nacional. O ponto controvertido de todos os casos gira em torno do desrespeito que o julgamento/decisão ocasionou ou pode ocasionar ao texto constitucional, que é documento, por excelência, democrático. A Corte não deve se manifestar ou conceder algo não constante no texto constitucional, ela não tem competência para isso. Se o processo converge para a tratativa com normas imprecisas e vagas, que o STF deixe para o povo decidir através de seus representantes, o Legislativo. Se há conflitos, esses precisam de um método para sua resolução, e o mais democrático é através da própria democracia (esta, como já asseverado por Pzeworski, é o método para se resolver os conflitos sociais).

Todavia, ainda cabe aqui algumas premissas. Ao se entender que se vive numa democracia real em busca da ideal, constantemente algumas normas precisam transmudar para um regime se deslocar no gráfico de Dahl rumo e além do ponto poliárquico. Se para o povo as normas estão resultando em influxos democráticos, seja por aplicação e interpretação errônea da Casa competente, seja pelo anacronismo normativo, necessário que se oponham e participem através de meios existentes ou

²⁶⁹ Cooperar então, demonstra que todos devem interagir, não há que se falar em um poder ter supremacia sobre o outro. “Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho” (BARROSO, 2015, p. 46).

pela imposição de criação de novas formas para a mudança. Aqui é válido enaltecer os institutos de *amici curie*, audiências públicas, o uso da liberdade de expressão e o direito de livre associação, como formas de fomentar discussões que ampliam a possibilidade participativa. Ademais, através dos meios eletrônicos, conforme proposições de Dahl, revela-se como promissora a criação de *minipopulus* para o incremento deliberativo a fim de alcançar o maior número de participantes e interesses para influenciar na tomada de decisões, podendo atuar ao lado das instituições estatais. Essas atitudes nada mais são do que meios para a efetivação da efetivação da participação e oposição dos donos do poder à alguma parte da ordem existente.

Então, propõe-se ainda, para possivelmente amenizar transtornos causados pelos julgamentos da jurisdição constitucional, a inserção no texto constitucional, como forma de desenvolvimento democrático, de algumas regras trazidas pela PEC 33, tais como: regras de aumento de quórum para votações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, bem como para aprovação de súmulas vinculantes, e, ainda, a aprovação do efeito desta pelo Senado. Desse modo, poder-se-ia proporcionar mais deliberação para a reforma de decisões dos representantes do povo. Quanto ao controle de emendas também estabelecido naquela PEC, esse intuito poderia desarranjar a escolha do Constituinte de 1988, sendo imperioso maior debate para esse item. Essas proposições intentam amenizar algumas regras constantes na CF/88 que possam influenciar uma postura antidemocrática do STF na tomada de decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise da Jurisdição Constitucional apresenta-se na contemporaneidade especialmente pelo aclamado desenvolvimento de uma função contramajoritária, o que invalidaria democraticamente a decisão de uma Suprema Corte, bem como feriria o princípio da separação dos poderes, engendrando a tensão, especialmente com o Legislativo, cuja função típica é a criação das normas. Nesse sentido, a classe constitucionalista clama por soluções que envolvem ideias como a de última palavra e a dos diálogos institucionais. Para esta pesquisa, as teorias dialógicas, *prima facie*, eram a melhor solução para a crise apresentada, por permitir a todos os poderes a participação para uma decisão final dentro de um arranjo constitucional contemporâneo, já que a nenhum dos poderes caberia se sobrepor sobre os demais.

Não obstante, revelou-se que as teorias dialógicas trazem um conteúdo que reconhecem ao Judiciário o controle de constitucionalidade, mas possibilitam correções de suas decisões pelo Legislativo, especialmente através das emendas. Outras vezes, admitem caber ao Legislativo a interpretação da Constituição, logo, não haveria que se falar em última palavra do Judiciário; também, impõem a necessidade de comunicação entre os poderes através de mecanismos que controlam uns aos outros para fins de chegar a uma última palavra sobre questões morais profundas a partir de uma deliberação interinstitucional.

Não se comprovou, por sua vez, totalmente a hipótese apresentada, isto é, que a solução seria a teoria dialógica em detrimento da dicotomia Judiciário e Legislativo, porque: i) legitimou-se o controle de constitucionalidade no Brasil feito pelo Supremo Tribunal Federal, pois essa foi uma escolha democrática por excelência estabelecida expressamente na Carta mais democrática da história do país, desenvolvendo o STF grande e efetiva função representativa de proteção aos interesses da maioria, cabendo a ele fazer o controle de constitucionalidade. No entanto, isso não quer dizer que o Supremo está acima dos outros poderes; ii) reconheceu-se caber aos outros poderes da República o exercício de funções típicas e atípicas, as quais devem respeitar sempre a centralidade dos ditames constitucionais. Essas funções, entrelaçam-se justamente para manter a remota regra dos freios e contrapesos entre as funções do Estado e o equilíbrio entre os poderes. Então, diversos mecanismos existentes demonstram que, apesar de cada poder desenvolver uma função específica, em determinadas circunstâncias um poderá conter o outro quando aclarar que houve desrespeito às normas constitucionais, refletindo, que a interação

institucional não se transmuda em uma nova teoria, mas sim que essa linha de comunicação e cooperação se apresenta através de instrumentos constitucionais que retratam os postulados do constitucionalismo, que é a limitação do poder, a habilitação dos governos e a proteção dos direitos fundamentais.

Por outro lado, reconhece-se a crise da Jurisdição Constitucional em virtude do ativismo judicial ocorrido dentro de alguns casos, no exercício da função contramajoritária. Essa instabilidade ocorre até mesmo porque, conflitos, omissões, insatisfações e anacronismos normativos são imanescentes numa sociedade que permanece em contínua evolução. Assim, para se amenizar a tensionada conjuntura e para que a democracia seja preservada e permaneça em evolução, há necessidade que o Supremo respeite os limites que lhe foram impostos, isto é, ele é o competente para decidir sobre o controle de constitucionalidade, porém se a matéria se caracterizar como questões de megapolítica ou política pura, bem como que não sejam expressamente contempladas no texto constitucional, ele precisa se posicionar de forma a deixar o povo decidir (através de seu representante, o Legislativo, bem como através da participação popular). Se seu ativismo permanece, sua função é deslegitimada, ensejando em retrocesso democrático.

Ademais, descortinou-se que muitas das decisões tomadas pelo STF e as consequências desses julgamentos decorrem muitas vezes: i) de uma ineficácia dos poderes políticos; ii) do extensivo rol de competências contido na Carta de 1988. Assim, necessita-se também que o Executivo e Legislativo parem de se abster de decidir questões moralmente importantes e que a sociedade, através de debate e incitação social, os direcionem a decidir. Se assim não o fizerem, que os substituam no poder. Esse é o princípio republicano. E ainda, que se busquem mudanças, seja na Constituição, seja no próprio ordenamento jurídico, que reduzam o impacto de alguma externalidade negativa que a atual ordem proporciona.

No que tange a esses dois últimos pontos, propôs-se que: i) o debate público pode ser fortalecido se houver o desenvolvendo e efetivação pela sociedade de mecanismos e instrumentos já existentes, como a liberdade de expressão, que tem na mídia uma grande arma influenciadora; a participação através de *amici curie*; audiências públicas; a liberdade de associação, a qual também fomenta discussões e promove o desenvolvimento de direitos; ii) como demonstrado no segundo capítulo, a criação de *minipopulos*, através das telecomunicações, também se torna um interessante meio para promover as dimensões democráticas de participação e oposição, incentivando, por sua vez, as mudanças necessárias em direção ao ideal democrático; iii) pelo amplo

rol de competências e prerrogativas do STF dadas pelo texto de 1988, suas decisões têm muita força em todo o ordenamento. Com efeito, esses julgamentos acabam se tornando fonte do direito em detrimento de leis que nem mesmo foram consideradas inconstitucionais. Logo, algumas ideias constantes na PEC 33/2011 são meios que podem se tornar eficazes para promover maior deliberação no interior da Corte, o que fomenta diretamente as dimensões da democracia, pois poderia facilitar mais discussões, e conseqüentemente maior grau de participação dos legítimos detentores do poder, o povo.

Diante de todo o exposto, vê-se que a democracia é um ideal constantemente buscado, que a Constituição demonstra essa procura da sociedade em manter conquistas fundamentais em detrimento de insurgências autoritárias. Assim, o respeito a esse documento, torna inerente a existência de controle, e, no Brasil, essa função foi designada ao STF e é legitimada constantemente pelo papel representativo do Tribunal Constitucional. A ele, portanto, cabe desenvolver a função que a Constituição lhe permite, isto é, fazer o controle de constitucionalidade de leis e atos dos poderes políticos, protegendo maiorias e minorias. Porém, não lhe compete superar normas estabelecidas pelo constituinte através de malabarismos decisionistas que refletem indevida criação legislativa quando trata de questões profundas de Estado. Se nesses casos há necessidade de aplicação de normas que se apresentam vagas e imprecisas, que o Tribunal relegate ao Legislativo a decisão. Que aos poderes políticos cabem desenvolver efetivamente suas funções constitucionais típicas e atípicas, respeitando sempre a Carta de 1988 e atuando ao lado da Jurisdição Constitucional. Por fim, pela imanência de conflitos na sociedade, as normas necessitam se reinventar e evoluir, e essas mudanças devem ser promovidas constantemente por toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução de Isabele Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. The New Separation of Power. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, 2000, pp. 663-725. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>> Acesso em: 9 ago 2017.

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. **International Journal of Constitutional Law**. v. 3, n. 4, 2005. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008/Balancing-constitutional-review-and-representation>> Acesso em 28 jan 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 5. Brasília, 2015 p. 23-50.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da faculdade de Direito da UFRJ**. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>> Acesso em 9 dez 2015.

_____. **Controle de Constitucional no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos, e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, n. 34, 2009. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 02 fev 2017.

_____. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Conjur online**, 2008. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2008-dez->

22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 9 dez de 2015.

_____. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônicas de um sucesso imprevisto**, 2017. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronic_a_um_sucesso_imprevisto.pdf> Acesso em 19 jul 2017.

_____; OSORIO, Aline. Retrospectiva 2015: Crise testou o respeito do país à Constituição Federal e à Instituições. **Revista Conjur online**, 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-cri-se-testou-respeito-constituicao-federal>> Acesso em: 01 set 2017.

BESTER, Gisela Maria. **A cômoda interpretação que leva à “legalização” e à erosão da Constituição**. 2015. Disponível em:< <http://emporiiodireito.com.br/a-comoda-interpretacao-que-leva-a-legalizacao-e-a-erosao-da-constituicao-por-gisela-maria-bester/>> Acesso em 10 dez 2015.

BICKEL, Alexander. **The Lest Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. **The Morality of Consent**. New Haven: Yale University Press, 1975. Disponível em: < <http://scholarship.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2511&context=lawreview>> Acesso em: 01 dez 2016.

_____. **Foreword: the passive virtues**. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1961. Disponível em: < http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4962&context=fss_papers> Acesso em: 01 dez 2016.

BIGONHA, Antônio C. A; MOREIRA, Luiz. **A Questão Democrática**. In: BIGONHA, Antônio C. A; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: paz e terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONIZZATO, Alice R. D. Revisitação necessária ao enfrentamento entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o guardião da Constituição: uma clássica dialogia teórica sobre questões institucionais, pp. 225-249. In: MAIA, Fabiana; BONIZZATO, Luigi; BOLONHA, Carlos. **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. Relações Institucionais entre os poderes da República Brasileira, Marcos exemplificativos contemporâneos e tensões dialógicas do ano de 2015. In: MAIA, Fabiana; BONIZZATO, Luigi; BOLONHA, Carlos. **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

BOTELHO, Marcos César. **Democracia e Jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas**. Disponível em: <
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/38/15>> Acesso em: 18 abr 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2011**. Disponível em:
 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filena me=Tramitacao-PEC+33/2011>. Acesso em: 01 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n. 4.070**. Relator: Teori Zavascki. Acompanhamento processual. Decisão Liminar, 5 dez. 2016. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incide nte=4907738>> Acesso em 01 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 378**. Relator: Luís Roberto Barroso.

Acompanhamento processual. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incide nte=4899156>> Acesso em 8 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 402**. Relator: Marco Aurélio.

Acompanhamento processual. Decisão Liminar, 5 dez. 2016. Disponível em: <

[file:///C:/Users/Raissa%20Osterno/Downloads/texto_310904523%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Raissa%20Osterno/Downloads/texto_310904523%20(2).pdf)> Acesso em 8 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 – São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de

Jurisprudência. Acórdão, 17 fev. 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%20ENUME%2E+OU+126292%20EACMS%2E%29+%28%28TEORI+ZAVASCKI%29%20ENORL%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%20ENORV%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%20ENORA%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%20EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcq9xmk>> Acesso em 5 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 135.100 – São Paulo**. Relator: Ministro Celso de Melo. Pesquisa de

Jurisprudência. Decisão Monocrática, 01 jul. 2016. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000267003&base=baseMonocraticas>> Acesso em 2 set. 2016.:

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078 – Minas Gerais**. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de

Jurisprudência. Acórdão, 05 fev. 2009. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165314&base=baseAcordaos>> Acesso em 1 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.**

21.689. Acompanhamento processual. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020274&base=baseAcordaos>> Acesso em 04 jan 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.378**. Relatora: Rosa Weber. Acompanhamento processual: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34378&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 28 jul 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.394**. Relatora: Rosa Weber. Acompanhamento processual.
Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5044698>> Acesso em: 28 jul 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. Notícias, 2016, pp. 1-3. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>> Acesso em: 2 nov de 2016.

CADEMARTORI, Daniela M. L. de. **O Diálogo Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.

CALABRESI, Guido, Forward: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *The Supreme Court 1990 Term (1991)*. **Faculty Scholarship Series**. Paper, 2010, pp. 80-151. Disponível em:
<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3067&context=fss_papers> Acesso em 5 jan 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves: Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARTA DE DIREITOS E LIBERDADES CADADENSE.

Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>>
Acesso em: 25 dez 2016.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria e críticas**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 264-307.

CHEMIN, Vera Lúcia. Senado agiu com ativismo legislativo no julgamento de Dilma. **Revista Conjur online**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-02/vera-chemim-senado-agiu-ativismo-legislativo-julgar-dilma>> Acesso em: 28 set 2017.

CHEVALLIER, Jean-Jaques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. Tradução de Lydia Cristina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999. Disponível em: <<https://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/jean-jacques-as-grandes-obras-polc3adticas-de-maquiavel-a-nossos-dias.pdf>> Acesso em 02 jun 2017.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, pp. 17 – 42

CONSTITUIÇÃO FRANCESA. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf> Acesso em: 4 fev 2017.

COSTA, Nelson Nery. **Ciência Política**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. **Yale Law Journal**, v. 91, n. 7, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3691&context=fss_papers> Acesso em 3 jan 2017.

DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Poliarquia: Participação e Oposição.** Tradução Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

_____. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

_____. Decision a Making in a Democracy: the Suprema Cort as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, 1957.

DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. **Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein.** 2009. 170f. Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. **Faculty Publications**, n. 445, 1998, pp. 83-106. Disponível em: <
https://www.researchgate.net/profile/Neal_Devins/publication/254605023_Judicial_Exclusivity_and_Political_Instability/links/5405b3c90cf2bba34c1d7930/Judicial-Exclusivity-and-Political-Instability.pdf > Acesso em 4 jul 2017.

DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited.** **International Journal of Constitucional Law**, v. 5, n. 3, pp 391-418, 2007. Disponível em:
 <<https://academic.oup.com/icon/article/5/3/391/647381/Creating-dialogue-about-socioeconomic-rights>> Acesso em: 3 jan 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

_____. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Império do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

_____. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. **Maryland Law Review**, v. 37, 1977.

FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales. *In*: BELAUNDE, Domingo García; SEGADO, Francisco Fernandez (org.). **La Jurisdicción Constitucional em Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FISCHER, Louis. **Constitutional Dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen M. Between Supremacy and Exclusivity. **Faculty Scholarship Series**, v. 57, n., pp. 187-208, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2328&context=fss_papers> Acesso em: 04 ago 2017.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

_____. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**, v. 101, 2003.

FURTADO, Emmanuel T.; CAVALCANTE, Carlos H. de Aragão. O Fenômeno da Judicialização da Política: tensão entre Democracia e Constitucionalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**, n. 32, 2009. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/files/jurisprudencia/revista_tribunal/RevistadoTribunal2009.pdf> Acesso em 23 jun 2016.

GARAPON, Antoine. **O guardador de Promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. University of California, Los Angeles. **American Journal of Comparative Law**, 2001. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401> Acesso em 03 dez 2016.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALL, Matthew E. K; URA, Joseph Daniel. Judicial Majoritarianism. **Chicago Journals**, v. 77, n. 3. Chicago, 2015. Disponível em: <[http://people.tamu.edu/~jura/papers/Hall%20and%20Ura%20\(2015\)%20JOP.pdf](http://people.tamu.edu/~jura/papers/Hall%20and%20Ura%20(2015)%20JOP.pdf)> Acesso em: 2 jan 2017.

_____. Judicial Review as a Limit on Government Domination: Reframing, Resolving, and Replacing the (Counter)Majoritarian Difficulty. **Jornal Perspectives on Politics online**, v 14. 2016, pp. 391-409.

HERMAN-CAGGIANO, Monica. **Democracia x constitucionalismo**: um navio à deriva? Cadernos de Pós- Graduação em Direito: Estudos e documentos de trabalho, n. 1: São Paulo, 2011, pp. 05-23. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf> Acesso em 25 fev 2017.

HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre o guardião da Constituição. **Revista de Estudos Políticos (Nova Época)**, n. 86, outubro-dezembro de 1994, pp. 195-227. Disponível em: <file:///C:/Users/Raissa/Downloads/Dialnet-LaPolemicaSchmittKelsenSobreElGuardianDeLaConstitu-27301.pdf> Acesso em: 01 mar. 2017.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HIEBERT, Janet L. Parliamentary Bills of Rigths: na alternative model?. **The Modern Law Review**, v. 69, n. 1, p. 7-28, 2006. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=875071>> Acesso em 07 jul 2017.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Revista de Direito Administrativo, n. 251, pp. 139-175, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>> Acesso em 3 jan 2017.

_____. **Twoards juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalismo**. Cambridg: Havard University Press, 2004.

HOGG, Peter W. Bushell, Alisson A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgood Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>> Acesso em: 07 jul 2017.

HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. *In*: ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (orgs). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

_____. El precompromiso y la paradoja de la democracia. *In*: ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Tradução por Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999, pp. 39-64. Disponível em:

<<https://comision21ub.files.wordpress.com/2016/03/holmes-stephen-el-precompromiso-y-la-paradoja-de-la-democracia.pdf>> Acesso 12 fev 2017.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2011.

JÚNIOR, Nelson Nery. Ativismo Judicial é uma imbecilidade que inventaram. **Revista Conjur online**, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-ner-y-junior-professor-advogado-parecerista>> Acesso em 4 ago 2016.

KASTELLEK, Jonathan P. Empirically Evaluating the Countermajoritarian Difficulty: Public Opinion, State Policy, and Judicial Review before *Roe v. Wade*. **Journal of Law and Courts**, v.4, n.1. University of Chicago, 2016.

KATYAL, Neal Kumar. Judges as Advicegivers. **Georgetown University Law Center**, 50 Stan. L. Rev. 1998, pp. 1709-1824. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2746&context=facpub>> Acesso em 30 ago. 2017.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNOPFF, Rainer. **Courts Don't Make Good Compromises**. Policy Options, April, 1999.

LESSA, Renato. A razões da 'Poliarquia'. **Folha de São Paulo**, 1997. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/08/caderno_especial/20.html> Acesso em: 01 jan 2017.

LIMONGI, F. **Prefácio**. In: DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. Tradução de C.M. Paciornik. São Paulo: edusp, 2015.

LIPKIN, Robert Justin. Which Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, p. 1055, 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958370> Acesso em 12 nov 2016.

MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. O Federalista. Rio de Janeiro, 1840, v. 1. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>> Acesso em: 07 jul 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. **STF e os parâmetros para a judicialização da saúde**, 2017. Disponível em:<<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>> Acesso em: 08 mar 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das letras, 2010.

MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G.. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MOTTA, Francisco. J. B. **Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Antônio Francisco Gomes de Oliveira. **Jurisdição Constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial.** Curitiba: Juruá, 2016.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, autorestrição judicial e o “minimalismo” de Cass Sunstein. **Direito brasileiro**, 2008. Disponível em: <<http://www.direito.it/docs/27004-ativismo-judicial-autorestri-o-judicial-e-o-minimalismo-de-cass-sunstein>> Acesso em 4 ago 2016.

_____. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, p. 183-216, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/297656298_Democracia_e_ativismo_judicial_algumas_consideracoes_sobre_suas_causas_e_consequencias_Democracy_and_judicial_activism_some_considerations_about_causes_and_consequences> Acesso em 17 ago 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. A persistência do fator conciliador e a PEC 33. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>> Acesso em: 11 09 2017.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

PICKERRIL, J.Mitchell. **Constitutional deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a Separated System**. Duke University press, 2004.

PILATI, Adriano. **Constituinte de 1987-1998: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the Limits of Self-Government**. New York: Cambridge University Press., 2010. Edição Kindle.

_____. Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts. **Scandinavian Political Studies**, 2010.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review**. Vol. 23, pp. 49-104, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1144790>> Acesso em: 23 06 2017.

_____. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Irwin Law, 2001.

ROS, Luciano da. **Tribunais como árbitros ou como instrumentos da oposição? Judicialização da política em novas poliarquias à luz do caso brasileiro**. I Congresso Uruguaio de Ciência Política, Montevidéo, 30-31 de outubro de 2007.
Disponível em: <file:///C:/Users/Raissa%20Osterno/Downloads/262-971-1-PB.pdf> Acesso em 12 nov. 2016

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista. **Separação de Poderes: Evolução até à Constituição de 1988 – Considerações**. n. 115, pp. 209-218. Brasília, 1992. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175893/000457220.pdf?sequence=1>> Acesso em: 02 jun 2017.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **The American Political Science Review**, vol. 56, n. 4, dezembro de 1992, pp. 853-864. Publicado por: American Political Science Association. DOI: 10.2307/1952788. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1952788>> Acesso em: 2 fev 2017.

SESMA, Iturralde Victoria. **El precedente em el common law**. Madrid: Civitas, 1995.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **The Judicialization of politics in Latin America**. Softcover reprint of the hardcover. 2005.

SILVA, Vírgilio Afonso, HÜBNER, Conrado. O STF e o populismo judicial. **Folha de São Paulo**, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>> Acesso em: 2 ago 2016.

SOUZA, André. Ministra do STF nega seis liminares contra fatiamento do impeachment. **Jornal o globo online**, 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministra-do-stf-nega-seis-liminares-contrafatiamento-do-impeachment-20073408#ixzz4wiNT9F9R>> Acesso em: 23 dez 2016.

SOUZA, Jorge Muhós de. **Diálogo institucional**: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011. pp. 313-357.

STECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Caso Renan: e que nossas instituições não enlouqueçam. **Revista Conjur online**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-10/diario-classe-renan-nossas-instituicoes-nao-enlouquecam>> Acesso em 5 jan 2016.

_____. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. **Sequência**, n. 69, p. 83-108. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/04.pdf>> Acesso em 12 de dez de 2015.

_____. HC não conhecido é como recurso contra tortura sem efeito suspensivo. **Revista Conjur online**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-set-28/senso-incomum-hc-nao-conhecido-recurso-tortura-efeito-suspensivo>> Acesso em: 08 out 2017.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Conjur online**, 2013. Disponível

em:<<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em 11 de dez de 2015.

_____. Os Dilemas da Representação Política. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n.44 p. 83 a 101, 2014. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_dilemas_da_presentacao_politica.pdf> Acesso em 12 de dez de 2015.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Caso Renan: e que nossas instituições não enlouqueçam. **Revista Conjur online**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-10/diario-classe-renan-nossas-instituicoes-nao-enlouquecam>> Acesso em 5 jan 2016.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

_____. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. Editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 3 ed. New York: The Foundation Press, 2000.

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

URBINATI, Nadia. **Representative Democracy: Principles and Genealogy**. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

VALADÉS, Diego (org). **Conversas Acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERÍSSIMO, Marcos. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “ à brasileira”. **Revista de Direito GV** [online]. 2008, vol.4, n.2, pp.407-440.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista de Direito GV** [online], 2009, v. 4, n. 2, pp. 441-464.

VITA, Álvaro de. Sociedade democrática e democracia política. **Revista Política e Sociedade online**, v. 11, pp. 159-181, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1269/1206>> Acesso em 4 dez 2016.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Tradução de Adauto Villela. *In*: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**, 2002, pp - 773-851. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3980&context=nclr>> Acesso em 02 jul 2017.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Nova York: Romwman e Littlefield, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**, Tradução Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.