

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

VINÍCIUS LINS MAIA

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
contribuições para a prática do ativismo judicial**

FRANCA

2014

VINÍCIUS LINS MAIA

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
contribuições para a prática do ativismo judicial**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania

Prof. Dr. José Duarte Neto

FRANCA

2014

Maia, Vinícius Lins

A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal : contribuições para a prática do ativismo judicial / Vinícius Lins Maia.

– Franca : [s.n.], 2014

236 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: José Duarte Neto

1. Poder judiciario e questões politicas. 2. Amicus Curiae.
3. Direitos fundamentais. 4. Legitimidade (Direito). I. Título.

CDD – 341.234

VINÍCIUS LINS MAIA

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
contribuições para a prática do ativismo judicial**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. José Duarte Neto

1º Examinador (a): _____

2º Examinador (a): _____

Franca _____ de _____ de 2014.

*Dedico o presente trabalho ao meu pai, Tony, à
minha mãe, Lusia e, à minha irmã, Gabriela.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família que forneceu todo o suporte para que esse projeto pudesse ser desenvolvido e finalizado. À minha mãe, Lusia, ao meu pai, Tony, e à minha irmã, Gabriela. Esse trabalho só foi possível de ser concretizado graças a todo carinho e apoio que vocês me ofereceram. Agradeço também por terem tão gentilmente lido os escritos e me ajudado a revisar o texto, mesmo o tema lhes sendo completamente estranho.

Aos companheiros da “empreitada acadêmica”. À Júlia Lenzi Silva, à Rebeca Makowski de Oliveira Prado e ao Vinícius Reis Barbosa, amigos que talvez pelo contato mais próximo, talvez por eu ter tido a oportunidade de ler e conhecer seus trabalhos e, pela seriedade e dedicação com a qual conduziram seus mestrados, me inspiraram, me serviram de modelo e fizeram com que constantemente eu buscasse dar o melhor de mim no desenvolvimento deste projeto. Também sou grato àquelas que sempre estiveram presentes, com quem compartilhei todo o processo da pós-graduação: Daiene Kelly Garcia, Priscila Montes, Naiara Souza Grossi. Um agradecimento especial à Najila Abdalla Jeha, companheira desde os tempos da graduação e que no mestrado partilhou comigo o mesmo orientador. Desde a matrícula na Pós-Graduação desenvolvemos uma cumplicidade que se transformou em produções acadêmicas, em participações em eventos e que, sem dúvida, tornou possível a concretização dessa “empreitada”.

Aos amigos que mesmo distante se fizeram presentes e auxiliaram em todo o processo, Murilo Parise, Mayara Campolina, Anelise Seren. Àquelas que me ofertaram um ponto de apoio em Franca, entregando documentos, me enviando materiais, enfim, tornando possível a entrega da dissertação, Mariana Becher, Stephanye Mazzari, Gabriella Herrera.

A Felipe Faiwichow Estefam por ter sido um interlocutor durante todo o processo de escrita do trabalho, por discutir a respeito do tema, enviar bibliografias, me ouvir e, também, por ter me ajudado tão prontamente com a revisão do texto.

Ao meu orientador, Professor José Duarte Neto, sou grato pela oportunidade e pela confiança depositada em mim ao me aceitar como seu orientando. Agradeço pela orientação precisa, que soube combinar tão bem os momentos de confrontar minhas perspectivas teóricas, os períodos de me deixar “ver com os meus próprios olhos” e “aprender com meus próprios erros”; com as fases em que me trazia o novo e me ajudava a caminhar, apresentando ideias, aclarando visões, conceitos; enfim, trabalhando junto comigo, vivenciando todo processo de elaboração da pesquisa.

Ao professor Murilo Gasparido e à professora Soraya Gasparetto Lunardi, pela participação e pelas sugestões feitas no exame geral de qualificação que tanto enriqueceram e contribuíram para a finalização do trabalho.

Aos funcionários da UNESP que proporcionaram as condições materiais para o desenvolvimento desta pesquisa, agradeço-os na pessoa da Laura Jardim e do Ícaro Henrique Ramos.

Um espaço no qual se escreve um trabalho também constitui fator importante no desenvolvimento de um texto, assim, agradeço aos funcionários da Biblioteca Municipal de Itu, por possibilitarem um ambiente tranquilo em que pude elaborar e construir minhas ideias.

Por ultimo, agradeço à Universidade Estadual Paulista — UNESP, por todo o aprendizado, pela vida acadêmica e, por ter tornado toda essa história, possível.

MAIA, Vinícius Lins. **A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal: contribuições para a prática do ativismo judicial**. 2014. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

RESUMO

Discute-se a possibilidade de aprimorar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, com o fito de tornar mais bem compatibilizado o seu *Ativismo Judicial* com as premissas do Estado Democrático de Direito. Isto porque se observa que o fenômeno do *Ativismo*, não obstante as suas críticas, ocorre nas sociedades ocidentais contemporâneas, de modo que se mostra necessária uma discussão que busque meios de se legitimar democraticamente o exercício jurisdicional de caráter proativo. Para tanto, apresentar-se-ão formas de adensar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, sobre a perspectiva da legitimidade objetiva e de exercício. Quanto à legitimidade objetiva, entende-se que a concretização de Direitos Fundamentais é instrumento de seu aprimoramento; assim, o Ativismo Judicial justificar-se-á quanto mais estiver comprometido com a efetivação desses direitos. Já no que toca a legitimidade de exercício, sua democratização dar-se-á através da inserção de atores sociais interessados no processo decisório. Por essa razão, analisa-se o mecanismo de participação *amicus curiae* e sua efetiva capacidade de pluralizar o debate, averiguando em que medida o uso desse instrumento nos moldes como é feito atualmente o torna apto a influir na dinâmica do processo decisório. Portanto, sob esses dois aspectos de densificação — da legitimidade objetiva e de exercício — acredita-se que se manteria o Supremo Tribunal Federal enquanto importante arena para a concretização de direitos fundamentais, todavia, melhor conformado com o princípio democrático.

Palavras-chave: legitimidade democrática. ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. *amicus curiae*. direitos fundamentais.

MAIA, Vinícius Lins. **A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal: contribuições para a prática do ativismo judicial.** 2014. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

ABSTRACT

We discuss the possibility of improving the democratic legitimacy of the Supreme Court, aiming to better settle its *Judicial Activism* with the premises of the Democratic State of Law. It is observed that the phenomenon of *Activism*, despite of the critics, occurs in contemporary western societies, so that a discussion that pursues means to democratically legitimize the exercise of judicial proactive is demanded. For this, we will present manners to densify the legitimacy of the Supreme Court, on the prospect of objective legitimacy and exercise. Regarding the objective legitimacy, it is understood that the realization of Fundamental Rights is an instrument of its improvement; thus, the Judicial Activism the more it is committed to the realization of these rights the more it is justified. Regarding the legitimacy of the exercise, its democratization will occur through the inclusion of social parties interested in decision making. For this reason, we analyze the mechanism of *amicus curiae* participation and its actual ability to pluralize the debate, examining to what extent the use of such instruments in the manner as it is currently done makes it able to influence the dynamics of the decision-making process. Therefore, under these two aspects of densification – the objective legitimacy and exercise – it is believed that the Supreme Court would remain as an important arena for the realization of fundamental rights, however, best conformed to the democratic principle.

Keywords: democratic legitimacy. judicial activism. Federal Supreme Court. *amicus curiae*. fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 LEGITIMIDADE, ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO	14
1.1 Legitimidade	14
1.1.1 <i>Poder, Estado e o conceito de Legitimidade</i>	14
1.1.2 <i>Legitimidade democrática na Jurisdição Constitucional: a compreensão de um problema</i>	22
1.2 Ativismo Judicial e Judicialização	28
1.2.1 <i>Judicialização</i>	42
CAPÍTULO 2 LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..	47
2.1 Processo histórico de delimitação e conformação do Poder Judiciário	47
2.1.1 <i>Poder Judiciário no Estado Liberal</i>	48
2.1.2 <i>Poder Judiciário no Estado Social</i>	52
2.1.2.1 <i>O estabelecimento das Cortes Constitucionais</i>	56
2.1.2.2 <i>Controle de Constitucionalidade</i>	59
2.1.3 <i>Poder Judiciário e o desmonte do Estado Social</i>	66
2.2 Poder Judiciário no Brasil	70
2.2.1 <i>A recepção da matriz liberal</i>	72
2.2.2 <i>Constituição de 1988 e a arquitetura constitucional estabelecida</i>	75
2.2.3 <i>A inserção da Constituição de 1988 na sociedade brasileira.</i>	80
2.2.4 <i>O Supremo Tribunal Federal e o desempenho de sua função de Jurisdição Constitucional</i>	84
2.2.4.1 <i>A instauração dos controles de constitucionalidade</i>	85
2.2.4.2 <i>Supremo Tribunal Federal e seu desempenho no processo histórico brasileiro</i>	87
2.2.4.3 <i>A Constituição de 1988 e papel institucional destinado ao STF</i>	95
2.3 Da Criação Judicial do Direito à Caracterização do Ativismo Judicial Brasileiro	99
2.4 A Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal: o modelo atual	109

CAPÍTULO 3 PERSPECTIVAS DE UM APRIMORAMENTO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	138
3.1 Da Necessidade de aprimoramento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal.....	138
3.2 Possibilidades de Densificação da Legitimidade democrática.....	142
3.2.1 <i>Legitimidade objetiva: direitos fundamentais enquanto condição da democracia.....</i>	<i>142</i>
3.2.2 <i>A legitimidade de exercício: pluralização e democratização do processo decisório ...</i>	<i>154</i>
3.2.2.1 Peter Häberle e a abertura da interpretação	161
3.3 Contribuições Apresentadas.....	170
3.3.1 <i>Densificação da legitimidade objetiva: a defesa e concretização de Direitos Fundamentais enquanto forma de aprimoramento.....</i>	<i>170</i>
3.3.2 <i>Amicus Curiae e a participação no processo decisório.....</i>	<i>180</i>
3.3.2.1 Surgimento e conformação legal do Amicus Curiae no ordenamento jurídico brasileiro	181
3.3.2.2 Limitações do Instituto	185
3.3.2.3 Efetiva democratização e pluralização no debate.....	195
3.4 Da densificação possibilitada: manutenção enquanto arena de concretização de direitos e adequação ao princípio democrático.	210
CONCLUSÕES.....	215
REFERÊNCIAS	221

INTRODUÇÃO

A discussão concernente à prática do ativismo judicial se mostra bastante recorrente no cenário jurídico brasileiro. Todavia, a despeito desse reiterado debate, observa-se que as ponderações a respeito dessa prática tem se situado em dois polos contrapostos, sem que se tenha conseguido avançar nas discussões. Por um lado, vislumbra-se um conjunto de trabalhos que buscam explicar o fenômeno e demonstrar que ele se mostra compatível com as premissas de um Estado Democrático de Direito, aliás, mais do que isso, se mostraria benéfico às práticas político-sociais brasileiras. Do lado oposto, onde se situa a maior parte da comunidade jurídica brasileira estão as obras que se mostram contrárias a essa prática, considerando que seria uma desnaturação da atividade judicial e que violaria o âmbito de atuação do Poder Legislativo (controle de constitucionalidade) e do Executivo (definição, elaboração, priorização de Políticas Públicas). Assim, para essa corrente tal prática deveria ser extirpada do exercício jurisdicional.

As duas vertentes oferecem importantes luzes para a evolução do tema e levantam discussões de suma importância para o debate proposto. Todavia, a manutenção da abordagem sob prismas antagônicos, impede que se consiga pensar maneiras de racionalizar este ativismo judicial, buscando corrigir as eventuais vicissitudes que sua prática enseje, de modo a torná-lo mais bem compatibilizado com as estruturas democráticas. Observa-se que nesse ponto, já fica claro que a pesquisa, conquanto reconheça os problemas que o ativismo judicial pode ensejar, não compartilha da ideia de que o fenômeno deva ser eliminado das práticas judiciais. Aliás, a discussão parte da premissa de que tal supressão não seria possível.

A adoção dessa perspectiva de análise temática se deu a partir da observação de que o conceito de ativismo judicial não designa propriamente algo de novo na tradição jurídica ocidental, mas sim se aproxima da ideia de criação judicial do direito — inerente a toda atividade interpretativa — que se encontra dimensionada com uma maior projeção nos sistemas jurídicos contemporâneos. Esse maior destaque decorre de uma série de mudanças institucionais, sociais e políticas que demandaram maior grau de criatividade das decisões judiciais.

Assim, a maior discricionariedade atribuída à atividade jurisdicional nas sociedades contemporâneas, deve-se à própria dinâmica destas e à estrutura dos sistemas normativos. Diante da reiterada mudança e da velocidade com que surgem novas situações inéditas e não regulamentadas, o Estado — para que conseguisse conformar dentro da normatividade estatal essa nova realidade fática — passou a conferir uma maior plasticidade às normas com o fito

de que estas se tornassem moldáveis as mais diversas situações, facultando o fechamento normativo para o momento da aplicação. Ao proceder dessa forma, os sistemas jurídicos passaram gozar de maior possibilidade de criação judicial, quando da aplicação da lei. De tal forma, a despeito das críticas que sejam realizadas, é justamente nesse cenário, de alargamento do campo discricionário da atividade jurisdicional, que a prática do ativismo judicial passa a ocorrer reiteradamente.

Compreendida a questão dessa maneira, visualiza-se, então, que o fenômeno do ativismo judicial não poderia ser extirpado do Judiciário, de modo que a questão pertinente a esse tema seria o de como tornar essa prática harmonizada com as diretrizes do Estado brasileiro. Assim, seria necessário primeiramente observar as ordens de crítica que o ativismo judicial tem suscitado, para em seguida começar a se propor meios de se minorar os problemas. Nesse campo é que se situam as análises pretendidas nesse trabalho.

Nessa linha, identificaram-se três ordens de críticas feitas ao ativismo: **a) o problema do risco de arbitrariedade**, normalmente os trabalhos que abordam o ativismo judicial objetivam desafiar esse problema de sua prática, buscando construir limites e balizas para orientar o processo de criação judicial do direito; **b) a questão relativa à capacidade dos tribunais**, embate que é travado no âmbito da discussão da intervenção Judicial em políticas públicas; **c) a legitimidade democrática dos tribunais**, seara na qual se promove o debate de por quais razões caberia a um órgão não eleito democraticamente o papel de invalidar leis feitas pelo parlamento, que representa (em tese) as aspirações da população. No caso do ativismo a questão ganha maiores contornos tratando-se de refletir sobre os motivos que permitem que o Judiciário adense e atribua sentido às normas constitucionais.

No pertinente à discussão da legitimidade democrática, observou-se que existe maior espaço para abordar o tema do ativismo judicial, uma vez que esse campo não recebe tanta atenção quanto os demais. Por essa razão, optou-se, no presente trabalho, pela delimitação do aprimoramento teórico da prática sob o enfoque da legitimidade. Nesse diapasão, o principal ponto em que se pretende situar as análises é no controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), esfera na qual uma atuação proativa possui uma maior probabilidade de ocorrência em virtude do caráter aberto das normas constitucionais e também assume contornos mais destacados, evidenciando uma maior tensão a respeito da ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Reconhece-se que a discussão a respeito do aprimoramento da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal que busque reforçar as práticas ativistas como plenamente coerente aos moldes do Estado Democrático de Direito, pode suscitar um amplo

leque de questões. Assim, para se promover um maior recorte temático, pretende-se situar as discussões dentro do âmbito normativo da Constituição Federal de 1988, apresentando-se as contribuições havidas dentro dos atuais marcos normativos existentes, isto é, os apontamentos serão feitos sem que para sua realização se dependa de emenda à Constituição ou de qualquer outra forma de intermediação legislativa.

Ainda nesse intento, trabalha-se a partir das categorias de legitimidade democrática desenvolvidas por Pedro Cruz Vilallón. O autor entende ser possível vislumbrar três vertentes: *a legitimidade de origem, a legitimidade de exercício e a legitimidade objetiva* (VILALLÓN, 1995, p. 86). No desenvolvimento da pesquisa não se aborda à *legitimidade de origem* do STF — que se refere à forma através da qual os ministros ingressam no Tribunal — justamente porque essa questão suscitaria a necessidade de intervenção legislativa para que fosse operada. Assim, as discussões centraram-se na *legitimidade objetiva* e na *legitimidade de exercício*. A primeira versa a respeito da função que o Tribunal exerce no funcionamento da democracia e a segunda trabalha a ideia concernente à forma por meio da qual o exercício de sua função é realizado.

A contenda do aprimoramento da *legitimidade objetiva* está ligada a percepção de que a atuação do STF estaria respaldada no desempenho de uma função essencial ao funcionamento democrático. Assim, a prática de um ativismo judicial voltado à defesa e concretização dos direitos fundamentais se mostraria enquanto forma de reforçar a sua função institucional dentro da democracia brasileira, pois robustece as condições que são necessárias para a realização democrática, uma vez que os direitos fundamentais traduzem essa noção de condições mínimas para o exercício da participação política.

Quanto à *legitimidade de exercício* – que se refere ao modo pelo qual as decisões são tomadas no STF – vislumbrou-se que o seu aprimoramento poderia ser feito a partir da democratização do processo de deliberação. Isto é, com a inserção de atores sociais interessados participando neste processo decisório, de modo a ampliar e aprimorar os instrumentos de informação dos juízes constitucionais. Com isto, seria possível pluralizar o debate constitucional, auxiliando na maior racionalização das decisões judiciais através do uso de um espaço institucionalizado de comunicação e participação que conferiria um caráter dialógico ao processo de interpretação, acrescentando à Corte informações e experiências de ordem jurídica, social cultural e econômica. Supõe-se que desse modo se tornaria possível a análise da questão constitucional sobre os diversos prismas de diferentes atores sociais envolvidos. O que permite uma solução do conflito normativo, baseada nos argumentos

potencialmente capazes de abarcar, tanto quanto possível, a pluralidade de alegações aventadas.

O aprimoramento da *legitimidade de exercício* será tratado a partir do uso de mecanismos processuais que permitam essa oxigenação democrática do processo decisório do Tribunal. Desta feita, optou-se por trabalhar com o instituto do *amicus curiae*. Não será abordada a discussão concernente às audiências públicas.

A figura processual do *amicus curiae* foi introduzida no ordenamento jurídico para proporcionar uma democratização e pluralização do processo de tomada de decisões do STF. Entretanto, na sua dinâmica atual, nota-se que o instituto não tem conseguido promover a efetiva pluralização e democratização do debate, consistindo em participação meramente formal, uma vez que os argumentos por eles trazidos não têm sido considerados no momento da decisão. Por esta razão, defende-se ser possível o seu aprimoramento.

Importante se acentuar os apontamentos realizados têm como eixo a noção de se fortalecer as bases teóricas que alicerçam a legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal de um modo que se mostre adequado ao cenário social brasileiro, com o fito de que não se torne uma discussão descolada da realidade. Assim, tendo em vista o contexto de desigualdades sociais presente no Brasil, e partindo-se da jurisdição constitucional como um possível instrumento de efetivação de direitos fundamentais, a argumentação apresentada será tendente a legitimar uma atuação do Supremo Tribunal Federal capaz de concretizar direitos individuais e sociais na esfera judicial.

Ainda que a articulação de outros modelos pudesse sofrer menores críticas, ao propalarem uma jurisdição mais contida, não se mostrariam capazes de manter o STF enquanto importante arena para a concretização de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que, tornasse a prática de seu ativismo melhor conformado com o princípio democrático.

A pesquisa utilizou-se do método dedutivo-bibliográfico, valendo-se também do processo metodológico dogmático-jurídico e do processo histórico.

CAPÍTULO 1 LEGITIMIDADE, ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO

1.1 Legitimidade

Em virtude da perspectiva do trabalho, que pretende discutir a legitimidade democrática de um órgão estatal, propugnando por mudanças que reforcem a justificação de seu poder perante os membros do corpo político, percebeu-se que — antes de se ingressar em tal debate — far-se-ia necessário apresentar de pronto qual a ideia de legitimidade a ser utilizada. Isso porque, tratando-se de um dos termos mais plúrimos e de difícil conceituação da Ciência Política, a delimitação mostra-se imperiosa para uma melhor compreensão da pesquisa.

Pouco sentido haveria em trabalhar meios de se aprimorar duas vertentes da legitimidade (objetiva e de exercício) do Supremo Tribunal Federal (STF) se a própria noção do que *é* ou *não* legítimo não estiver aclarada. Desta feita, primeiramente é importante compreender o que vem a ser a legitimidade democrática do Poder para, somente em seguida, projetar esse conceito sobre um de seus órgãos — STF —, amoldando a definição às peculiaridades que lhe são próprias.

1.1.1 Poder, Estado e o conceito de Legitimidade

Em uma primeira aproximação com o tema, observa-se que ele cuida da tentativa de responder a uma indagação: por que se deve obedecer? Isto é, sendo os homens iguais entre si, o que justifica o direito de comandar dos governantes e o dever dos demais membros da comunidade de se submeter? (BONAVIDES, 1993, p. 19-20) A controvérsia quanto à legitimidade ocorre justamente pelo fato de que dentre as desigualdades humanas, nenhuma teria consequências tão importantes e tão necessárias de se justificar quanto a desigualdade derivada do poder (BONAVIDES, 1993, p. 20)

Inferre-se dessa primeira ponderação que, conquanto o consenso acerca do termo seja difícil, há uma uniformidade no raciocínio juspolítico quanto ao seu fundamento: justificar o exercício de determinado poder. Tanto do ponto de vista dos governados — fundamentando a razão de sua obediência —, quanto da ótica dos governantes — fundamentando seu poder de mando (DUARTE JÚNIOR, 2011, p. 83). Interessante, nesse sentido, a asserção de Rousseau, acenando para importância dessa justificação sob a ótica dos detentores do Poder, aduzindo que “[...] o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor,

senão transformando sua força em direito e a obediência em dever.” (ROUSSEAU, J. J., 1987, p. 25).

Lúcio Levi (1998, p. 675), ao iniciar sua abordagem a respeito do verbete legitimidade, apresenta o seguinte panorama sobre o termo:

[...] podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.

Observa-se, portanto, que a justificação do Poder tem por fito a obtenção de consenso na sociedade, para que se alcance a estabilização do sistema. Justamente por se buscar esse liame de aquiescência dos membros do corpo político é que afirma Paulo Bonavides que a legitimidade, em última análise, expressa sempre uma determinada crença fundamental, um valor, uma ideia, concretamente vinculados ao respectivo ordenamento político, com o fito de regular, através de um princípio de autoridade as relações de comando e obediência. Sintetiza explicitando que “[...] há na base de toda legitimidade uma religião, uma filosofia ou uma ideologia, que fazem a força do princípio e a intensidade com que ele socialmente se exercita.” (BONAVIDES, 1993, p. 19).

Na evolução histórica, diversas foram as formas de alcançar o assentimento para fundamentar o exercício do Poder. Inicialmente, é possível se salientar as teorias do direito divino, posteriormente, as justificativas buscaram dar fundamentos de base racional com as teorias contratualistas – em que o vínculo de dependência dos homens aos governantes resultaria da vontade (CAETANO, 2006, p. 269). Essas explicações, em última análise, alicerçavam-se em fundamentos externos de legitimação (Direito divino, direito natural, contrato social, razão) e, no final do século XVIII esses modelos começaram a se desgastar.

Assim, salienta João Maurício Leitão Adeodato (1989, p. 55) que quando o Estado Moderno passa a deter o monopólio da produção das normas jurídicas, com a ascensão da lei e a positivação do direito, a legitimidade começa a ser tratada como *legitimação*, isto é dizer: a questão de fundamento é convertida em uma ação legitimadora por parte do Estado e do ordenamento em geral. A legitimidade não mais se reporta a conteúdos externos e o poder

jurídico-político, de forma mais ou menos velada, passa ter pretensões de auto-legitimação.¹ Salienta-se que a relevância da alteração não adveio do fenômeno legislativo em si (que já existia em outras épocas), mas sim da concepção de a norma jurídica ser a única fonte legítima do direito. Ocorre uma aproximação — quase identificação — entre legitimidade e legalidade ainda que na verdade os conceitos não coincidam.²

Foi Max Weber (1978, p. 57-58) quem promoveu no âmbito teórico esta identificação entre legitimidade e legalidade. Para ele, nas sociedades jurídicas modernas a forma de justificação do Poder seria legal-racional. Isto é, a dominação política teria por base a crença na validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade dos chefes designados nos termos da lei (FARIA, 1978, p. 89). Desse modo, diferiria das formas do poder tradicional e do poder carismático³, a legitimidade encontrar-se-ia no fato de ser definida por leis e exercida de conformidade com as leis que a definem (LEVI, 1998, p. 674). Em última análise significa dizer que o Poder será legítimo pelo simples fato de ser legal (FARIA, 1978, p. 89).

Muitas outras teorias foram elaboradas para explicar a justificação do Poder⁴, todavia, a partir da modernidade e dessa aproximação (legalidade/legitimidade) passaram a padecer do mesmo problema relativo à despolitização e neutralização do conceito de legitimidade

¹ Nesse ponto informa o autor sobre o perigo que o esvaziamento de conteúdo pode oferecer, propiciando a constituição da estrutura-cebola, na analogia de Hannah Arendt. Trata-se da ideia na qual o Poder se assentaria de tal forma que sua legitimidade não viria de fora ou de cima, mas sim de dentro: “camadas superpostas sobre o núcleo de poder, onde o fato de cada uma delas só ter contato com uma camada interna e outra externa esconde as verdadeiras dimensões da realidade (ADEODATO, 1989, p.55-56).

² Quanto a esse aspecto aduz Ivo Dantas que “[...] se o conceito de legalidade é um conceito jurídico-formal, ou seja, considera-se o que determinado está na Lei, a legitimidade, pelo contrário, é um conceito sociológico-político, interessando-lhe valores e ideais dos grupos, ou seja, legítimo é aquele poder que mesmo à margem da Lei, se exerce atendendo aos interesses da sociedade para a qual se destina.” (DANTAS, I., 1989, p. 115). Marcello Caetano também reforça a distinção aduzindo que “[n]em sempre, porém, a legalidade e a legitimidade coincidem. É que a legitimidade assenta sempre numa crença difundida e radicada sobre o que deve ser e como deve ser exercido o Poder Político. Se a lei tiver brotado de um Poder constituinte contestado ou se os princípios legalmente estabelecidos deixarem de corresponder às crenças ou convicções generalizadas, abre-se a crise.” (CAETANO, 2006, p. 276)

³ De acordo com Max Weber existem três fundamentos que possibilitariam a legitimidade da dominação política: crença na tradição, fundamento carismático e fundamento racional baseado na legalidade. A legitimidade do primeiro se assentaria no respeito às instituições consagradas pela tradição e à pessoa ou às pessoas que detêm o poder; é a típica das monarquias. A legitimidade do segundo tipo tem seus alicerces substancialmente nas qualidades pessoais do chefe; trata-se da forma de poder exercida pelos líderes carismáticos, que interpretam os sentimentos e as aspirações do povo, muitas vezes contra o direito vigente. Por fim, a legitimidade do terceiro tipo de poder tem seu fundamento na crença de que são legais as normas do regime, estabelecidas propositalmente e de maneira racional, e que legal também é o direito de comando dos que detêm o poder com base nas mesmas normas (WEBER, 1978, p. 57-58, LEVI, 1998, p. 676; DALLARI, 1985, p.39).

⁴ Por não ser objeto central do trabalho optou-se por não destrinchar todas as teorias sobre a justificação do Poder, pois sua análise não traria grandes contributos para a discussão acerca da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal. Todavia, apenas para mencionar, poder-se-ia dizer que as diferenças entre o legalismo e o normativismo não foram destacadas; existem também as explicações do realismo contemporâneo, com a perspectiva deciosionista de Carl Schmitt, ou a funcionalista de Niklas Luhmann. Para uma análise do assunto: Adeodato (1989).

(BONAVIDES, 1993, p. 24). Assim, é possível se verificar que o caráter formal/instrumental da legitimidade é traço característico nas sociedades ocidentais contemporâneas. Segundo, José Eduardo Faria, trata-se mesmo de um problema típico das democracias liberais:

Historicamente, portanto, o moderno problema da legitimação do poder está associado às múltiplas formas de organização política da sociedade de classe e aos diferentes modos de obtenção do consenso em torno de seus respectivos procedimentos decisórios. Evidentemente, a emergência desse problema encontra-se intimamente vinculada à consolidação da democracia liberal – como verso e reverso de uma mesma moeda. Deste modo, a questão da legitimidade não é mais condicionada a um critério de racionalidade material, dependente do conteúdo substantivo de cada decisão, como nas sociedades tradicionais. Torna-se, isto sim, crescentemente dependente da coerência lógico-formal do processo legislativo e das instituições do direito. (FARIA, 1985, p. 16).

Nesse diapasão, dado o fato de que o trabalho não procura conceituar toda e qualquer forma de justificar o Poder — é dizer: tratar da legitimidade abstratamente — mas, sim, abordar uma legitimidade democrática, esta peculiaridade das democracias ocidentais acerca do esvaziamento do conceito merece ser destacado para uma correta compreensão da problemática nos termos atuais.

Quando se pondera acerca da legitimidade numa sociedade democrática há que se destacar que a discussão se traduz basicamente numa questão de consenso, sendo este o eixo da normatividade, o liame da juridicidade com a facticidade, o traço da união do constitucional com o real (BONAVIDES, 2008, p. 331).

O assentamento dos sistemas democráticos sobre o consenso possui a benesse de articular um regime mais estável. Assim, em uma democracia, conquanto seja forma de organização política das mais complexas — haja vista que o processo de determinação das decisões seja de difícil manejo — uma vez tomada a decisão, sua estabilidade mostra-se mais consistente que as demais formas de arranjo político, porque — em tese — os próprios destinatários criaram as normas que irão reger o funcionamento da sociedade (AGRA, 2005, p. 155).

É bem verdade que não se pode supor, numa sociedade complexa como são as ocidentais contemporâneas, que haja, sobre todas as decisões políticas, consenso. Pelo contrário, o conflito entre grupos e classes é constante, tendo em vista que os interesses invariavelmente se chocam. Todavia, age o direito estatal dispersando as tensões e clivagens potencialmente desagregadoras do regime; generalizando, trivializando e neutralizando tais conflitos, o que permite a manutenção do equilíbrio do sistema político e que a legitimidade mantenha-se incontestada. Nas palavras de José Eduardo Faria (1985, p. 14):

Por trás da ideia de legitimidade, como se vê, está a necessidade de cada sistema político de institucionalizar formas e procedimentos capazes de regular, disciplinar e reprimir conflitos. As funções específicas de seu ordenamento jurídico consistem assim quer na resolução de antagonismos e tensões entre indivíduos, grupos e classes, quer na tentativa de ordenação racional das vidas pública e privada — o que se dá mediante um intrincado processo de prevenção e desarme dos conflitos desagregadores da ordem estabelecida. Essa prevenção e esse desarme são obtidos por meio da legislação, dos múltiplos acordos normativos de caráter contratual, da jurisprudência cautelar e das decisões judiciais. Na dinâmica dos códigos e da legislação, tais funções não visam necessariamente a superação das contradições sociais — como isso é impossível, do ponto de vista da dogmática jurídica, as leis geralmente procuram mantê-las em estado de relativa latência por meio de um articulado conjunto de mecanismos de regulamentação e pressão.

Há nesse ponto que se realizar uma reflexão: dado o fato de que os conflitos e os desacordos com as determinações políticas são constantemente diluídos e absorvidos pelo ordenamento jurídico, ao serem acatados pelos grupos sociais sem que estes se revoltem ou se oponham, passa a ocorrer — em virtude dessa aceitação — também uma forma de legitimação. Isto porque, embora existam conflitos, o fundamento e os fins do poder ainda são identificados com o sistema de crenças da população, do mesmo modo, o agir estatal ainda é entendido como mantenedor dos aspectos básicos da vida política (LEVI, 1998, p. 677). Nessa linha argumentativa é que Antônio Carlos Wolkmer ressalta que a função de legitimar não se explica apenas como justificação do Direito e do Estado, mas também como ação consensualizada que se destina a produzir adesão e integração social. Este processo de legitimação não surge por obediência ou temor, mas porque os atores sociais reconhecem tal condição como justa e boa (WOLKMER, 2003, p. 417). Na compreensão de Friedrich Müller, trata-se da atuação do povo como *instância global de atribuição de legitimidade*, como *povo legitimante*, que justifica o ordenamento jurídico, num sentido mais amplo, como ordenamento democrático à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Valendo essa atribuição de legitimidade, inclusive perante aqueles que discordam dos caminhos tomados pelos governantes (eleitores vencidos pelo voto, por exemplo) (MÜLLER, 2011, p. 55), pois ao assentirem, ratificam as disposições políticas.

Existe também uma perspectiva mais recente de que a direta participação popular na formação da vontade política propicie um maior substrato de legitimidade à mesma (WOLKMER, 2003, p. 423). Assim, ao se introduzir formas imediatas de participação popular, transcendendo os mecanismos representativos tradicionais de sufrágio, permite-se o influxo de uma cidadania ativa e mobilizada sobre a formação e o exercício da vontade governativa, o que democratiza e — reflexamente — legitima com uma maior intensidade os atos decisórios, através da atuação dos movimentos sociais; das organizações da

sociedade civil, do poder sindical; da iniciativa dos cidadãos. A participação, portanto, auferire indiretamente legitimidade a democracia, sendo ela a instrumentalização da soberania popular. Quando esses novos meios participativos não são absorvidos pela sociedade, inapta em torná-los veículos do consenso ao invés de dissenso, as bases da legitimidade democrática do sistema político começam a ser minadas (BONAVIDES, 2008, p. 337).

Observadas então algumas dessas características da legitimidade democrática na sociedade contemporânea, compreendendo-a a partir desse liame de identificação entre os valores partilhados numa comunidade e os valores que fundamentam a atuação do poder estatal, é possível se problematizar as consequências que decorreriam do rompimento dessa conexão.

Desse modo, quando o Estado passa a ser percebido, na sua estrutura e em seus fins, como estando em contradição com o sistema de crenças e esse julgamento negativo se transformar numa ação que busque modificar os aspectos básicos da vida política, então esse comportamento poderá ser definido como contestação da legitimidade (LEVI, 1998, p. 677). Bonavides informa que a discussão sobre a legitimidade se dá em momentos de ruptura:

Onde há revolução, golpe de Estado, reformas e contra-reformas, onde a instabilidade dos poderes, dos interesses e das situações reflete na esfera política um estado de conflito que envolve instituições e as altera em dimensões profundas, a legitimidade ocupa sempre o primeiro lugar do debate [...]. (BONAVIDES, 1993, p. 17).

Assim, instaurada a crise, pela desvinculação entre os princípios legalmente estabelecidos das crenças e das convicções generalizadas (CAETANO, 2006, p. 276-277), abre-se a discussão da legitimidade. E, isto ocorre justamente porque se trata de fórmula revisora das bases sobre as quais se assenta o Poder. Aliás, trata-se, desta feita, de debate constante, tendo em vista que as sociedades estão sujeitas à iminência de transformações que acarretam uma substituição de seus valores dominantes. Alterados os valores partilhados por um grupo social, altera-se também o fundamento do Poder.

É importante que se destaque que não se trata de toda ordem de contestações que estará apta a ensejar uma ruptura do sistema político-jurídico, mas tão somente àquelas que forem capazes de mobilizar uma ação coordenada para a mudança. No mais, impugnações ao poder sempre ocorrerão; não há legitimidade absoluta, como salientam Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira:

Todavia, a legitimidade não é nada absoluta; ao invés disso, a ordem jurídica e a ordem estatal podem ser, sem dúvida, mais ou menos legítimas. Porém, não existe nenhuma ordem jurídica ou estatal absolutamente legítima: uma legitimidade absoluta tornar-se-ia um sistema incontestável de princípios de justiça, que pressuporia o cumprimento dos mesmos e o consentimento unânime, por parte dos cidadãos, exigindo, em primeira linha, que houvesse um consenso em torno de princípios de justiça. (MERLE; MOREIRA, 2003, p. 10).

Deste modo, tomando por base que: (I) a legitimidade é entendida enquanto crença ou valor fundamental de sustentação do poder baseada no assentimento dos governados (BONAVIDES, 1993, p. 17); (II) ainda que não se possa falar em consenso absoluto, em um regime legítimo, a adesão majoritária mostra-se mais consistente que as eventuais contestações (sobretudo porque, o Estado e o ordenamento jurídico buscam dissolver e desagregar as divergências rupturais); (III) esse conjunto de valores fundamentais possui conteúdo aberto, passível de alteração, atualização, variando de acordo com o momento histórico que se analisa; assim, alicerçado nessas premissas, é possível concluir que a noção de legitimidade deve estar embebida de sua historicidade. Isto porque, dado o fato de que é conceito intrincado aos valores partilhados e que tais valores se alteram na decorrer do tempo, não pode ser pensado enquanto categoria abstrata. Significa dizer que não há um conceito de legitimidade que seja único, capaz de abarcar todas as situações históricas de justificação de poder. No transcurso da história, diversas foram as formas de conceituar e entender o termo, dependendo sempre de cada sociedade (meio que produz) e de cada momento histórico (época estudada) (DUARTE JUNIOR, 2011, p. 83).

Assim, sendo o contexto histórico crucial para se compreender a razão pela qual um grupo considera legítimo um conjunto de normas jurídicas, informa José Eduardo Faria (1978, p. 83) que há pouco sentido em se questionar abstratamente se os critérios por meio dos quais se justifica o exercício do poder são verdadeiros ou falsos. Segundo o autor, o que é preciso é analisar se tais critérios oferecem ou não razões que justifiquem a natureza da obrigação política que estabelecem. Complementa dizendo que:

[...] o por que obedecer? Não encontra uma resposta objetiva e única, mas requer, necessariamente, o consenso da opinião pública que, quando não existe [...] pode levar a desintegração do sistema político e de suas respectivas normas constitucionais, na medida em que a violência gera mais violência, sem criar autoridade. (FARIA, 1978, p. 84).

Nessa mesma linha argumentativa, caminha Lucio Levi (1998, p. 678), inclusive, refuta aquele seu primeiro conceito — transcrito anteriormente nesse trabalho — em que dava um panorama sobre a questão, assevera que era insatisfatório justamente por poder ser

aplicado a qualquer conteúdo. Traz, em seguida, a grande peculiaridade para compreensão do termo: o seu caráter dinâmico.

O sentido da palavra Legitimidade não é estático, e sim dinâmico; é uma unidade aberta, cuja concretização é considerada possível num futuro indefinido, e a realidade concreta nada mais é do que um esboço deste futuro. Em cada manifestação histórica da Legitimidade vislumbra-se a promessa, até agora sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente sem a interferência do poder ou da manipulação e sem mistificações ideológicas. (LEVI, 1998, p. 678)

Em seguida, o conceito é redefinido, sintetizando a discussão realizada:

[...] podemos formular uma nova definição de Legitimidade que nos permita superar as limitações e incongruências da que foi proposta no início. Trata-se fundamentalmente de integrar na definição o aspecto de valor, elemento constitutivo do fenômeno. Podemos, pois, afirmar que a Legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração, e que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que torna real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, isto é, na medida em que consegue se aproximar à ideia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais. (LEVI, 1998, p. 679).

Desse modo, com base nas balizas realizadas é possível, então, se vislumbrar que a *legitimidade democrática refere-se à justificação do Poder e à aquiescência da população para que tal Poder se exercite. O vínculo que mantém essa anuência, permitindo a competência de governar, não se perfaz uma única vez, pelo contrário há a necessidade que o elo seja constantemente renovado e fortalecido para a estabilização do sistema. Razão pela qual terá sempre caráter fluído e aberto, refletindo sua necessidade de atualização, a passibilidade de mutações e a consternação com a hipótese — sempre presente — de rompimento desse vínculo. Tratando-se de uma justificação democrática, o liame se estriba no consenso da população acerca dos valores e fins que devem orientar o agir estatal. Tal consenso, conquanto se pretenda, nunca será absoluto. Nesse diapasão, numa democracia, a construção desses consensos passa a ser questão fulcral. De onde emerge a preocupação com procedimentos que garantam — se não um concerto absoluto — a formação de uma vontade majoritária. A manutenção desses processos instrumentais de delegação e representação por si só não tem o condão de garantir a legitimidade de um regime, sobretudo, porque é possível que o nexo de reconhecimento seja quebrado mesmo com a conservação do procedimento; divergindo os anseios do povo das decisões dos representantes. Isto alude para o fato de que são necessários outros meios que promovam o incessante robustecimento do elo entre os*

governantes e governados, seja através da manutenção e proteção dos valores entendidos como fundamentais (aferidos em cada momento histórico), seja pela inserção de formas diretas de participação da decisão política.

Assim, delineadas as características da legitimidade enquanto justificação do Poder e do direito estatal numa ordem democrática, é possível se avançar, de modo a se projetar essas expectativas em um de seus órgãos, cúpula da função judicial: o Supremo Tribunal Federal.

1.1.2 Legitimidade democrática na Jurisdição Constitucional: a compreensão de um problema

O presente trabalho não pretende tratar, em última análise, da legitimidade do Poder, do Estado ou do ordenamento jurídico brasileiro; mas das credenciais democrática de um de seus órgãos. Entretanto, optou-se por tecer maiores comentários sobre a celeuma da noção de legitimidade no âmbito do Poder, pois, procedendo dessa forma, as conclusões até então aventadas sobre o conceito, ao serem transportadas para a temática do Supremo Tribunal Federal, possibilitarão que se evite (e também se desconstrua) uma série de lugares comuns expressados quando a justificação do órgão é abordada.

Antes de se elaborar o conceito de Legitimidade democrática do STF a ser compreendido, é importante compreender aonde e quando se coloca sua problemática, pois — possuindo uma significação dinâmica, aberta e constantemente reelaborada — a concepção deve conhecer das críticas, buscando contemplá-las, numa síntese final.

Nessa construção teórica, há que se destacar que o respaldo democrático à atuação da Corte brasileira nem sempre fora objeto de discussão. Na verdade, somente a partir do momento em que o controle de constitucionalidade exercido pelo órgão começou a crescer em importância política é que houve um maior questionamento acerca de seu respaldo democrático. Até então, a atenção destinada ao Tribunal era a mesma dada às entidades da administração pública. Sua legitimidade esteava-se num fundamento normativo (ideia de Weber); baseada na Constituição, é dizer: entendia-se legítimo porque o povo, no gozo do poder constituinte originário, lhe atribuía essa função. Apenas quando a atuação do Supremo Tribunal Federal passou a conflitar com as atividades do Poder Legislativo — no momento em que o controle de constitucionalidade passou a ocorrer mais efetivamente (a partir da Constituição de 1988) — é que se começou a repensar o problema de sua legitimidade. O que novamente coloca em relevo, que se trata de conceito dinâmico,

variando de acordo com as circunstâncias históricas e também no movimento das relações de poder.

Portanto, para se compreender a atual celeuma a respeito da legitimidade do STF, é preciso trabalhá-la a partir da tensão que se coloca entre a revisão judicial e a discricionariedade legislativa; entre o controle de constitucionalidade e a atividade legiferante; entre Judiciário e Legislativo.

Sob esse enfoque é possível se vislumbrar dois aspectos em torno dos quais o questionamento ocorre. O primeiro seria a capacidade de um órgão, cujos membros não são submetidos ao escrutínio público, e que, portanto, não se sujeitariam a um controle periódico de sua atuação, ter o poder de anular uma lei ou ato normativo elaborado pelo Parlamento, instituição que congrega a maior representação política numa democracia, haja vista que seus membros são eleitos democraticamente e que tal instituição consegue traduzir a pluralidade observada na sociedade. O segundo ponto nevrálgico da discussão reside no fato de que as decisões de uma Corte Constitucional não estão submetidas, em regra, a qualquer forma de controle democrático, deste modo compete a ela “[...] a última palavra nas controvérsias estruturais do sistema político.” (MENDES, 2008, p. 3).

Roberto Gargarella (1996, p. 51-52) sintetiza a questão:

[...]¿cómo puede ser que los jueces –funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular – tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo, esto es, por un cuerpo destinado claramente a constituirse en voz de la ciudadanía? ¿Acaso una sociedad que quiera asentarse en la autoridad del pueblo no debe guiarse por la voluntad mayoritaria, y no por la voluntad de un grupo de funcionarios supuestamente ilustrados como son los jueces? ¿Permitir el control judicial de la leyes, en definitiva, no implica consagrar institucionalmente reprochables criterios conservadores?

Tomado esse prisma, o embate se assenta na oposição: de um lado membros do Poder Legislativo que alicerçam sua legitimidade política no procedimento de investidura de seus integrantes — através do sufrágio universal, assegurando-se à população representação — e do outro lado os integrantes do Poder Judiciário, ou melhor, do Supremo Tribunal Federal cujo procedimento de investidura não é feito através do sufrágio e que, por conseguinte, não gozariam de credências democráticas suficientes para anular uma decisão oriunda de um órgão que expressaria vontade popular. Assim, a discussão da legitimidade colocada se pauta na forma de investidura dos membros que tomarão a decisão política (ou a revisão). Na terminologia adotada no trabalho, trata-se de discussão quanto à *legitimidade de origem*.

Conrado Hübner Mendes (2008, p.18-19) problematiza a própria compatibilidade entre um regime democrático e o controle de constitucionalidade, vez que o órgão que dá a última palavra não goza de representatividade popular. Informa ainda que “[n]o sistema brasileiro, a última palavra não é apenas contra o legislador ordinário. Em virtude das cláusulas pétreas, é também contra o poder constituinte derivado, o poder reformador da constituição.” (MENDES, 2008, p. 22). Nessa perspectiva, para além da discussão da justificação do órgão, se observa uma preocupação no sentido de que a revisão judicial maculasse a própria estruturação da legitimidade democrática do Poder.

Neste ponto, as considerações mais acuradas sobre a legitimidade do Estado permitem superar a questão, visualizando que a discussão quanto à origem dos membros não encerra toda a legitimidade de um órgão. Ou seja, um órgão (ou mesmo o Estado) não possui respaldo democrático somente porque os seus membros foram eleitos através do escrutínio público. Ademais, o próprio processo de aferição da vontade da maioria de *per si* não é capaz de assegurar a legitimidade democrática, justamente em razão do conteúdo substantivo desta, entendido enquanto vínculo de adesão entre os governantes e governados, o liame de identificação entre os valores partilhados numa comunidade e os valores que fundamentam a atuação do poder estatal.

Nesse dissenso trazido pelos críticos da legitimidade da jurisdição constitucional observa-se como pano de fundo a concepção de que a deliberação acerca de uma decisão política só possa ser alcançada através dos procedimentos de delegação para a formação de uma vontade popular majoritária dentro de uma instituição representativa, retratando aquela perspectiva de que assim os destinatários participariam de algum modo da criação das normas as quais se submeteriam. Reflete, portanto, a despolitização do conceito de legitimidade, sua redução a um caráter formal/instrumental próprio das sociedades ocidentais contemporâneas (FARIA, 1985, p. 16), pois ignora o caráter substantivo.

A legitimidade democrática e a construção de consensos não devem ser pensadas apenas pelo viés do procedimento majoritário. Como dito, é necessária a composição de outros meios para se robustecer a aquiescência da população. Uma instituição não será democrática unicamente porque seus membros provenham de eleição popular, ela também será democrática quando for funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como é o caso do STF (ZAFFARONI, 1995, p. 43).

Ademais, a legitimação de um órgão deve ser entendida a partir das peculiaridades da função que exerce. Quando se coloca em pauta as credenciais de uma corte apenas levando-se em consideração a investidura de seus membros está a se equiparar as formas de legitimação

de órgãos que desempenham funções distintas. O que não permite a real compreensão da problemática em torno da legitimidade de uma corte constitucional.

Pairam sobre os órgãos (Legislativo/Judiciário) expectativas distintas. A um deles cumpre traduzir os anseios populares em comandos normativos, ao outro coube o papel de não permitir que esses comandos normativos rompam com os valores estruturais da sociedade expressos na Constituição. Sem dúvida, como já sinalizado, em se tratando de um regime democrático, ambas as funções devem contar com o respaldo popular, mas tal amparo não há que se dar da mesma forma, o aprendizado histórico sobre o funcionamento das instituições deve ser levado em consideração na aferição da legitimidade de ambos.

A investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal⁵ é aspecto polêmico de sua legitimação, isso porque não perpassam pela vontade popular, senão indiretamente (por serem escolhidos pelo Presidente da República eleito democraticamente e, posteriormente ratificados pelos membros do Senado Federal, também eleitos democraticamente); todavia, não é o único aspecto de sua legitimidade democrática. Em verdade, esta se compõe de um intrincado conjunto de justificações.

Nesse diapasão, também ingressam no conceito, a referência normativa ao texto da Constituição brasileira (legitimidade formal) que expressamente atribuiu o poder ao Supremo Tribunal Federal, (BARROSO, 2009, p. 11) e a compreensão da funcionalidade de sua atuação pela comunidade de jurisdicionados (legitimidade material) é dizer: devem estar racionalmente explicadas para a população as atribuições e competências do STF dentro da lógica de funcionamento do regime democrático.

Quando neste trabalho se fala da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal está a se referir essencialmente ao seu aspecto material. Isto porque:

Legitimar a atuação da jurisdição constitucional apenas no dogma da legalidade, com base no cumprimento dos dispositivos constitucionais, não se mostra factível para amparar a amplitude de seu exercício, mormente porque essas decisões estão envoltas em grande dose de discricionariedade e acarretam intensas consequências políticas. Necessita-se construir uma teoria que alicerce a legitimação dessa atuação e que, ao mesmo tempo, possa preservar a sociedade de decisões arbitrárias. A legitimação da tutela da Carta Magna deve se enquadrar nos limites do Estado Democrático Social de Direito porque toda sua atuação tem sentido finalístico: realizar as prerrogativas inerentes a esse tipo de organização política. (AGRA, 2005, p. 145).

⁵ A composição do Supremo Tribunal Federal se dá através de onze Ministros, que são nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros natos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de reputação ilibada e notável sabe jurídico, posteriormente são confirmados pela maioria absoluta do Senado.

Portanto, a referência apenas à legalidade, mesmo que de normas constitucionais, não é suficiente para amparar uma legitimidade que se pretenda democrática, porquanto não soluciona o problema da justificação de suas decisões por parte da sociedade.

Esse problema da justificação perante a população possui como um de seus fundamentos a baixa influência que os cidadãos tem na escolha dos membros do Tribunal. Este, aliás, é o ponto sobre o qual geralmente se fixa o debate, relegando-se a um plano de menor importância os outros aspectos da questão. Razão pela qual as discussões nesse universo parecem estagnar, com a manutenção de posições polarizadas. A controvérsia acerca da legitimidade de origem não exaure os fundamentos das credenciais democráticas do Supremo Tribunal Federal. A temática não pode ser tratada sob um único prisma. É importante que se visualize os diferentes aspectos deficitários do modelo atual, para aferir a legitimação da entidade. Nas palavras de Walber Moura Agra (2005, p.145):

Pode-se argumentar que a justificação da jurisdição constitucional estaria na forma de sua escolha, [...] no caso brasileiro [...] a escolha é feita por indicação do Presidente da República, depois devendo o designado ser aprovado pelo Senado Federal. Sua legitimidade pode ainda estar calcada na concretização dos mandamentos da Constituição, a lei de maior aceitação no ordenamento. A fundamentação pode até mesmo ser alicerçada com base no procedimento judicial. Infelizmente, nenhuma dessas teorias de forma isolada pode amparar devidamente maior extensão nas atividades da tutela constitucional.

Assim, num estudo que pretenda apresentar contribuições para o aprimoramento da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, é desejável que tal legitimidade seja vislumbrada de modo plural, sobre diferentes óticas, “[...] absorvendo o maior número de mananciais teóricos.” (AGRA, 2005, p. 146), mas tendo como eixo central a concretização de direitos fundamentais.

Nessa empreitada, a visão esboçada por Pedro Cruz Villalón sobre a legitimidade da Jurisdição Constitucional, mostra-se útil, uma vez que a vislumbra sobre três vertentes: *a legitimidade de origem, a legitimidade objetiva e a legitimidade de exercício* (VILALLÓN, 1995, p. 85-90).⁶

A partir dessas categorias analíticas, em que a justificação do órgão é vislumbrada de modo plúrimo, torna-se possível então discuti-la sob o viés da aquiescência da comunidade de jurisdicionados com relação as decisões da Corte. Aquiescência aqui não significa que o

⁶ O conceito do autor já foi apresentado na Introdução do trabalho e será novamente discutido no Capítulo 3, no item 3.1.

órgão se coloque enquanto refém da opinião pública; que suas decisões só seriam válidas quando em conformidade com as expectativas dos jurisdicionados.

Nos mesmos moldes em que a legitimidade do Poder e do Estado perpassam por esse liame de anuência, na dissertação, a referência a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal estará a se reportar ao seu aspecto material, ao fato de que o desempenho de suas funções seja racionalmente compreendido pela população; que exista um vínculo subjetivo, proporcionando “[...] o assentimento espontâneo do grupo social atingido.” (SOUZA NETO, 2002, p. 272), reconhecendo as atividades do STF como necessárias e; que as decisões sejam tomadas respeitando o Princípio Democrático.

Ademais, quanto ao modo pelo qual o caráter histórico se enlaça na perspectiva tratada, há que se dizer que sua importância manifesta-se no fato de a legitimidade e o assentimento serem pensados dentro do atual contexto temporal, caracterizado após a Constituição brasileira de 1988, com carências na garantia de direitos fundamentais, numa realidade de *judicialização* e maior participação do Judiciário na vida política, num momento em que o Poder Legislativo não tem tido condições de dar vazão às pretensões populares⁷. É dizer: as prospecções são feitas a partir dessa realidade histórica trabalhando um conceito de legitimidade que a elas se adéque; não se pretende valer-se de uma categorização abstrata, que respalde qualquer tipo de atuação do STF, mas que seja adequada ao contexto brasileiro e a efetivação dos mandamentos constitucionais.

⁷ Não obstante a justificação das razões pelas quais se afirma a impossibilidade do Poder Legislativo sozinho conseguir dar vazão as demandas sociais seja mais bem esboçada no Capítulo 2, é oportuno fazer algumas pontuações acerca daquilo que convencionalmente se chama de crise da democracia representativa. Norberto Bobbio traz, nesse sentido, interessante ponderação de Koopmans, em que assevera que: “[o]s sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos governos: o povo vivia sob o império da lei por ele mesmo estabelecida, por meio de representantes por ele eleitos. Mas hoje [...] tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à “legitimação” dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenômeno [...] que pode ser encontrado em todos os países industrializados do ocidente.” (KOOPMANS, p. 315 apud CAPPELLETTI, 1993, p. 45-46). Analisando, no caso brasileiro, a relação entre a atuação deficiente do Poder Legislativo e uma atuação jurisdicional mais proativa, Carlos Alberto Navarro Perez (2012, p. 135-139) elenca como fatores que contribuem para a esta atuação desconectada da vontade popular os seguintes aspectos: i) o sistema partidário brasileiro, com seu número excessivo de partidos que dificultam a governabilidade e a fluidez de seus programas que não servem como um verdadeiro roteiro para pautar a ação governamental; ii) a vontade parlamentar que não é o resultado somente das aspirações populares, nesse ponto também vale correlacionar as perspectivas de Carlos Perez com o que diz Alexandre de Moraes (2000, p. 47) que aponta como causas desse distanciamento “[...] o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o parlamento.”; iii) a morosidade do processo legislativo; iv) a desvalorização da lei e; v) abuso da discricionariedade legislativa.

1.2 Ativismo Judicial e Judicialização

Do mesmo modo que o estabelecimento do conceito de legitimidade democrática se impôs para que fosse possível travar a discussão nos moldes nos quais se pretende, também se mostrou necessário delinear a ideia de *Ativismo Judicial* que será esposada pelo trabalho. Aliás, mais do que isso: foi preciso empreender a construção da acepção que será adotada. Não porque esta acepção seja inédita; mas porque, para além da profusão de significados que o termo passou a designar, a conotação que se pretende utilizar não é a mesma trabalhada pela maior parte da doutrina brasileira quando se põe a versar sobre o assunto.

Dessa forma, surgiu a necessidade de uma maior justificação a respeito da conceituação pretendida. Assim, não será simplesmente apresentado o conceito. Buscar-se-á erigi-lo a partir de duas diretrizes: o significado que se deu ao termo em sua raiz histórica conjugando esta noção com uma conotação que se mostre adequada ao cenário brasileiro.

É mesmo de se notar, que a falta de uma delimitação acerca do termo configura-se como um primeiro problema a ser transposto para que se possa tratar o tema escorreitamente. O signo *Ativismo Judicial* passou a designar um número tão diferente de acepções que muitas vezes é utilizado para tratar de ideias totalmente opostas (KMIEC, 2004, p. 1443). Isto torna problemático seu estudo, sobretudo, para se verificar a pertinência das críticas sobre essa prática judicial.

Enquanto persiste a confusão sobre o termo, prevalecem definições emocionais-políticas que usam o ativismo como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrários a certas posições políticas, em particular rejeitando as posturas progressistas dos tribunais. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 460).

Portanto, se mostra um imperativo na abordagem do tema a delimitação do significado a ser empregado (KMIEC, 2004, p.1443; FERNANDES, 2012, p. 120).

Assim, passa-se a realizar a construção do significado. Inicialmente, visualiza-se como e em quais circunstâncias o termo foi utilizado pela primeira vez e o que ele buscava designar; a partir disso se averigua os principais usos que foram apontados no cenário americano e; por fim, realiza-se uma depuração desses usos verificando quais deles se mostrariam adequados para analisar o fenômeno no Brasil.

A locução foi cunhada nos Estados Unidos em 1947 por Arthur M Schlesinger Júnior⁸, um historiador e político do partido democrata, ao escrever um artigo para Revista Fortune intitulado “*The Supreme Court: 1947*” em que analisava a atuação da Suprema Corte americana no período do *New Deal*. O autor percebia duas linhas de atuação no Tribunal: uma primeira (encabeçada pelos juízes Douglas e Black) entendia que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; a segunda linha (liderada por Jackson e Frankfurter) acreditava que a Corte devia deixar que o Poder Legislativo elaborasse as políticas voltadas para essas questões, uma vez que eles foram eleitos pelo povo (KMIEC, 2004, p. 1446-1447). O autor denominou a opção pela primeira linha de *Ativismo Judicial* e a segunda de *Autocontenção judicial*.

Observa-se, então que o termo foi escrito em uma revista popular e que buscava, na verdade, mostrar ao público as diferentes concepções da atuação judicial dentro da Suprema Corte. Deste modo, não existia uma preocupação com “um rigor conceitual”⁹. Schlesinger não definiu o conceito, nem mesmo apresentou critérios que possibilitassem identificar uma postura ou decisão como ativista. Em vez disso, ele expôs tantos atributos aos ativistas e aos “campeões do autocontrole” que não se sabe quais deles seriam necessários e quais seriam superficiais para se identificar uma ou outra postura. Verifica-se nesse ponto uma primeira razão para a dificuldade da definição de Ativismo Judicial (KMIEC, 2004, p. 1450).

Ainda é oportuno pontuar que não se pode desdobrar do artigo de Arthur M Schlesinger Júnior uma necessária conotação negativa da expressão ou que este a tenha formulado enquanto crítica. O que se observa com Kmiec (2004, p. 1449) é que o historiador, depois de retratar as duas facções opostas no Tribunal, toma partido, simpatizando com a linha ativista. Todavia, ele reconhece que esta postura judicial pode ensejar uma possível ameaça à democracia, e diz que deveria se limitar para os casos de liberdades civis.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 9) lembra que, a despeito de remontar ao artigo da Revista Fortune, a expressão ganhou notoriedade quando passou a ser empregada como

⁸ Segundo Saul Tourinho Leal, Arthur Schlesinger Jr. Atuava como Jornalista político “Escrevia intensamente sobre os Presidentes da República e seus principais atos. Abordava, com primazia, os líderes políticos de perfil liberal, tais como Franklin D. Roosevelt, John F. Kennedy, e Robert F. Kennedy. No período em que esteve à frente da Casa Branca o Presidente John Kennedy teve sua assessoria na tarefa de historiografar a Suprema Corte.” (LEAL, S. T., 2008, p. 18).

⁹ Kmiec assinala que também não se poderia exigir que se tivesse essa preocupação, uma vez que o autor não sabia, quando escreveu o artigo, a proporção que o debate acerca da postura judicial tomaria (KMIEC, 2004, p. 1450).

rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969¹⁰. Período no qual o Tribunal é marcado por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, com a busca de se construir uma democracia inclusiva, uma visão humanista dos problemas sociais e avanço dos direitos civis e individuais (BARROSO, 2008, p. 281).

Elival da Silva Ramos (2010, p. 96-97) assinala que quando se estuda o debate americano do tema há de se ter em mente que o termo ativismo judicial é empregado com natureza ambígua, possuindo uma carga valorativa positiva ou negativa, de acordo com a filiação teórica de quem realiza as avaliações das decisões judiciais. Para os adeptos da vertente interpretativista¹¹ qualquer prática judiciária que não se limite a uma interpretação jungida ao estrito texto da constituição, ou das pretensões que os constituintes pretenderam dar a constituição, será ativista. Nessa perspectiva há um nítido viés negativo, que se contraporia as ideias de democracia, Estado de Direito, objetividade e segurança jurídica. Noutro giro, os não interpretativistas (*construction*)¹² não veem o ativismo de forma negativa, baseados na ideia de inevitabilidade da criatividade jurisprudencial e por entenderem que a supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade também são expressões do sistema político.

Dada essa maleabilidade com que a locução é tratada — variando de acordo com a concepção da função judicial do autor que versa sobre o tema —, não é difícil de se vislumbrar a razão pela qual tenha lhe sido atribuída uma pluralidade de significações.

Nessa esteira, Willian P. Marshal (2002, p. 104) identifica sete dimensões do conceito, a partir da análise das formas em que ele era empregado: (i) ativismo contramajoritário; (ii) ativismo não originalista; (iii) ativismo de precedentes; (iv) ativismo jurisdicional; (v) ativismo criativo; (vi) ativismo corretivo ou remediador; (vii) ativismo partidário. Por sua vez, Keenan D. Kmiec (2004, p. 1463-1476), com base nos usos dados pela doutrina e pela Suprema Corte americana reconhece cinco principais acepções para o termo: (a) prática utilizada para derrubar atos de outros poderes com

¹⁰ Sobre o tema pontua Luís Roberto Barroso (2009, p. 7) “[a Corte] sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).”

¹¹ De acordo com Elival da Silva Ramos a corrente textualista se subdividiria em duas vertentes: o textualismo e o originalismo. Apesar de possuírem algumas nuances diferenciadas, em sua aplicação prática são bastante parecidas, por isso são geralmente agregadas dentro de uma corrente maior (RAMOS, 2010, p. 94).

¹² Esta corrente também pode ser subdividida em: conceitualistas e simbolistas.

constitucionalidade defensável; (b) não aplicação de precedentes; (c) legislação judicial; (d) afastamento da metodologia interpretativa aceita; (e) julgamento orientado a um fim.

Dessa catalogação trazida é possível se tirar algumas linhas de raciocínio. A primeira é que a discussão americana comporta um campo maior de significações em relação ao debate brasileiro, uma vez que nem todos os sentidos podem ser transportados para o Brasil. A segunda, é que nem todas as dimensões conceituais podem ser trabalhadas conjuntamente, algumas delas são incompatíveis entre si; outras importam em dificuldades práticas para sua identificação. Por essa razão há que se fazer uma depuração do conceito.

Quanto a maior elasticidade dos significados nos Estado Unidos, deve se vislumbrar que ela tem raiz no papel institucional atribuído ao Judiciário num país de tradição da *Common Law*. Como esta família jurídica é baseada na aplicação de precedentes e o juiz, na resolução do caso concreto, busca os parâmetros para decidir em um caso anterior julgado num órgão coletivo de segundo grau, a jurisprudência exerce o posto de principal fonte normativa, existindo uma maior proximidade entre a atividade legislativa e a judicial¹³. Razão pela qual em tais sistemas se adota uma conceituação de ativismo mais ampla (RAMOS, 2010, p. 81). Diferentemente se situaria a problemática do ativismo judicial nas famílias do direito romano-germânico. Uma vez que os ordenamentos jurídicos são assentados no princípio da legalidade e por esse motivo a lei se mostra como um balizamento que deve ser necessariamente ponderado.

Assim, algumas das conotações trazidas tanto por Willian P. Marshal quanto Keenan D. Kmiec não são aplicáveis numa conceituação brasileira do termo

¹³ Alexandre Walmott Borges e Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes informam que essa maior proximidade “[...] ocorre tanto na criação de precedentes, os quais passam a agregar o ordenamento jurídico como ato normativo com força vinculante, quanto em sua revogação, o que se assemelha a revogação de uma lei no sistema romano-germânico” (BORGES; FERNANDES, 2011, p. 68).

(FERNANDES, 2012, p. 122). É o caso do ativismo judicial tratado como uma não aplicação dos precedentes — Marshal, (iii) e Kmiec (b).^{14 15}

Algumas das outras acepções trazidas pelos autores também não serão adotadas.

Inicialmente, compreende-se que a primeira dimensão trazida por Marshal (2002, p. 107) em seu levantamento — de ativismo como decisão contramajoritária (i) — só ganha relevo quando combinada com a segunda dimensão — (ii) “não originalista”—, ocasião em que se aproximaria da ideia de Kmiec (2004, p. 1463) trazida em (a). Ou seja, ativismo judicial como a decisão que invalida leis tomadas pelos representantes políticos que teriam a constitucionalidade defensável (Kmiec, a), ou que não se estribasse na literal disposição do

¹⁴ Marcelo Casseb Continentino possui entendimento diverso. Para o autor é possível o transporte dessa ideia de ativismo enquanto decisão que não respeita os precedentes. Segundo sua compreensão bastaria que se adaptasse para o âmbito da *civil Law*, entendendo que “[n]ão aplicar o precedente equivaleria a não aplicar o direito preexistente; isto seria o mesmo que julgar conforme a própria conveniência e subjetividade, ao sabor das circunstâncias.” (CONTINENTINO, 2012, p. 144). Conquanto seja uma das ideias mais propagadas sobre ativismo judicial no direito brasileiro, não se optou por ela, pois se compreende que para esta postura sempre houve designações suficientes como *arbitrariedade*, *desrespeito a lei*, *decisionismo*. A aproximação dessas posturas — flagrantemente incompatíveis com um Estado Democrático de Direito — com o conceito de ativismo judicial não se presta a esclarecer o tema e proporcionar o debate, uma vez que apenas confundem ideias que são distintas. Uma maior dimensão de criação judicial pelos juízes não se dá à revelia da lei, pelo contrário, a criação judicial do direito leva em consideração o ordenamento jurídico (sobretudo, a Constituição). O próprio Continentino (2012, p. 145) reconhece que tratar o tema de forma tão ampla acaba por esvaziá-lo, uma vez que aduz que taxar uma decisão de ativista se consubstancia em crítica superficial, pois se esquece de justificar o porquê. Para ele “[...] o uso do conceito ativismo pressupõe um ônus argumentativo, o qual pela força semântica negativa que adquiriu o conceito acaba sendo deixado de lado.”

¹⁵ Cabe fazer um esclarecimento nesse ponto a respeito da inserção das Súmulas Vinculantes no Brasil a partir da EC n. 45/2004. Não se compartilha da hipótese de que em virtude dessa figura processual haveria uma adoção pelo sistema brasileiro do modelo do *stare decisis* do *Common Law*, em que o juiz deve obrigatoriamente levar em consideração os precedentes judiciais das cortes superiores. Por essa razão, é que se entende que, a despeito dessa figura processual, não se poderia falar, no cenário brasileiro, que a não aplicação de precedentes seria uma forma de ativismo judicial. Explica-se. Como pontua José Duarte Neto (informação verbal) a inserção das Súmulas Vinculantes se deu no contexto brasileiro para resolver um problema bastante específico do controle de constitucionalidade, qual seja, o conflito de interpretação entre as decisões do Supremo Tribunal Federal dadas em sede de controle difuso e o reiterado entendimento divergente de juízes e tribunais inferiores que obrigava o STF a continuar decidindo as mesmas questões que já tinha firmado entendimento, mas que continuavam lhe sendo apresentadas em virtude do Recurso Extraordinário. Assim, já se vislumbra uma primeira distinção, enquanto o *stare decisis* se revela enquanto elemento basilar da estrutura do sistema jurídico, no caso as Súmulas Vinculantes almejavam resolver um problema de demandas repetitivas e de insegurança jurídica em virtude do conflito de interpretações. Mas, além disso, José Duarte Neto (informação verbal) pondera que o instituto tem muito mais similaridades com *os assentos* da Casa de Suplicação que existiam nas Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas. Esses assentos eram enunciados da Casa de Suplicação que possuíam força vinculante, por meio do qual se fixava a “correta” interpretação da lei. Tratava-se, portanto, de verdadeiro exercício de função normativa pelo Poder Judiciário. Difere do sistema do *Common Law* porque nesse o precedente resulta do julgamento de um caso concreto. [As informações verbais foram prestadas pelo Prof. Dr. José Duarte Neto em Reunião de Orientação em 2 set. 2014]. A Súmula Vinculante tem a peculiaridade de partir de um lado de uma lei escrita, passando por diversos casos julgados acerca da mesma questão de direito, resultando em um enunciado – cuja observância é compulsória – com caráter de abstração, generalidade e obrigatoriedade, tal como as normas jurídicas, no entanto, emanada pelo Poder Judiciário, e não pelo Legislativo (COL; SOUZA, 2011, p. 79). Ademais, o que se observa na prática, é que referidas súmulas tem versado a respeito de questões menores do direito e que o instituto que mais tem servido a diminuição de demandas a serem julgadas na Corte é a Repercussão Geral. Desse modo, o impacto que as Súmulas Vinculantes têm causado no ordenamento jurídico não pode ser equiparado àquele dos precedentes no *Common Law*.

texto da constituição (Marshal, i e ii). Isto porque, ativismo judicial não pode ser um mero sinônimo de controle de constitucionalidade (FERNANDES, 2010, p. 91), uma vez que a confusão entre os conceitos apenas dificulta o aprofundamento da discussão. Sem dúvida existe um intenso debate acerca da legitimidade da própria existência do controle de constitucionalidade¹⁶, todavia, dizer que toda invalidação de lei pela jurisdição constitucional é ativismo judicial não é verdade.

Alguns autores identificam esta ideia de atuação contramajoritária enquanto ativista a partir de um referencial quantitativo. É dizer: o ativismo judicial seria mensurado pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, sobretudo do Poder Legislativo (CAMARGO; SILVA; VIEIRA, 2009, p. 78). Assim, quando em demasia, seria o tribunal ativista. No entanto, essa categoria analítica apresenta algumas dificuldades, sobretudo no que toca a definição de parâmetros para comparação, como lembram Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi (2011, p. 462)¹⁷.

Por essa razão, no que tange a verificação de adequação normativa por parte do Tribunal, entende-se que será ativismo judicial apenas quando a invalidação do ato normativo tenha como parâmetro critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição (BARROSO, 2012, p. 10-11)¹⁸.

Prosseguindo com a análise das significações trazidas do cenário americano e sua adequação ao serem transportadas para o Brasil, assinala-se que a dimensão conceitual apresentada por Keenan D. Kmiec concernente ao ativismo enquanto quebra de uma metodologia interpretativa aceita (d)¹⁹, não será utilizada no conceito esposado neste trabalho. Isto porque esta acepção apresenta dificuldades práticas para sua identificação

¹⁶ Nessa linha pode destacar com um dos mais contundentes críticos do *judicial review* norte americano, Jeremy Waldron (2006).

¹⁷ Os autores argumentam no seguinte sentido: “Quem e como define em quais casos o juiz intervém ‘pouco’ ou ‘muito’? Ainda que se estabeleça um quadro comparativo no tempo e entre países, mostrando uma atividade particularmente intensa em certo período ou país, isso não permite concluir algo sobre o “ativismo”, pois o grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista. Sua atividade intensa pode ser consequência da atuação sistemática do legislador em desrespeito à Constituição ou da amplitude das competências judiciais em certo ordenamento. Não se pode chamar de ‘ativista’ um médico que atende muitos pacientes durante uma epidemia!” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 462).

¹⁸ Luis Roberto Barroso cita como exemplo as decisões do STF referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira (BARROSO, 2012, p. 11).

¹⁹ O autor entende que dentro dessa perspectiva o ativismo poderia possuir dois significados. Um primeiro, seria que um juiz usaria uma metodologia interpretativa distinta (em espécie e número) para alcançar uma decisão, quando comparada a que um outro juiz teria usado. Esta divergência pode se dar por um erro ou porque a filosofia judicial desses juízes seriam distintas o que conduziria ao uso de guias interpretativos diferentes. Uma segunda ocorrência se daria quando os juízes concordam com as ferramentas que devem ser empregadas para se tomar uma decisão, mas discordam sobre as maneiras de como aplicá-las em um caso particular (KMIEC, 2004, p. 1475).

(FERNANDES, 2012, p. 119), pois como ressalta o próprio Kmiec (2004, p. 1474) embora exista alguma base de consenso sobre como se empregar os métodos interpretativos, estudiosos e os juristas não concordam sobre o que seria uma forma apropriada para se interpretar a constituição. Desse modo, sempre existirá um desacordo sobre o que seria ativismo judicial neste contexto, dando certo grau subjetivo a expressão.

A perspectiva trazida por P. Marshal em (vii) — ativismo partidário — contempla grande parte da ideia trabalhada por Kmiec em (e) — julgamento orientado a um fim —, tendo em vista que o fim com o qual se preocupam os críticos é aquele que se afaste das orientações constitucionais para a atividade judicial e se aproxime de outra ordem de interesses. Ou seja, trata-se da preocupação com a imparcialidade do juízo; que o juiz ceda a pressões de partidos, grupos ou personalidades políticas. Este tratamento do tema é discutido em separado das outras dimensões por Marshal (2002, p. 106, 129-138), justamente por suscitar discussões distintas. Nessa perspectiva, acredita-se, igualmente, que esta ótica da atividade dos magistrados não deve ser tratada consentaneamente com a temática do ativismo judicial. Inclusive, na doutrina brasileira o tema já é debatido com base em outra expressão, a de *politização da justiça* — conquanto se prefira a alcunha de *partidarização do poder judiciário* (ZAFFARONI, 1995, p. 95; CAMPILONGO, 2011, p. 58)²⁰. Esta discussão comporta uma ordem diferente de temas, que a despeito de estarem intrinsecamente ligados ao ativismo judicial, com ele não se confundem.

As demais dimensões trabalhadas podem ser entretidas numa conceituação de ativismo judicial pautada na diretriz de criação judicial do direito — (v) ativismo criativo e (c) legislação judicial²¹. Assim, as conotações restantes trazidas por Marshal e sob as quais não se

²⁰Consoante a lição trazido por Eugenio Raúl Zaffaroni, o Poder Judiciário é um exercício de Poder Público, razão pela qual é essencialmente político. De modo que acusar de politização um exercício de função que tem natureza política não contempla muito significado. Nesta esteira o autor aduz que melhor será dizer que a preocupação é com partidarizá-lo, ou parcializá-lo, submetendo os juízes às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica ou de qualquer grupo de poder. Assim complementa que: “[...] trata-se, pois, de dois fenômenos diversos e que, portanto, exigem uma clara distinção: por um lado, quanto mais consciente seja um poder judiciário acerca de seu papel político, mais idôneo será para cumpri-lo e, assim, desempenhar suas funções, que são sempre políticas; ao contrário, quanto mais partidário ou parcializado, menos jurisdicional será. A partidarização nada mais é do que o cancelamento da dimensão democrática da estrutura judiciária, supressora do pluralismo.

O certo é que o rechaço justificado do partidarismo (patologia institucional) tem sido manipulado como resistência à própria politização e com ela confundido, semeando desconcerto na opinião técnica e pública, fortalecendo a imagem de um inconcebível poder não político do Estado, em cujos bastidores se encontra a imagem torturada do juiz asséptico, como um imputável político, ou seja, o ‘partidarismo’ tem sido manipulado para propugnar a ‘apoliticidade’ do juiz, a qual sempre implicará um política judiciária bem conhecida e certamente não democrática e republicana.” (ZAFFARONI 1995, p. 95-96).

²¹No que tange as dimensões do controle de constitucionalidade (Kmiec, a ; Marshal, i e ii), ressalta-se o caráter de criação judicial também nessa dimensão, haja vista que esses critérios menos rígidos são construídos argumentativamente a partir da interpretação dos princípios constitucionais, importando, portanto, também em um ato de criação.

havia feito comentário — (iv) ativismo jurisdicional (vi) ativismo corretivo ou remediador — também comporão o conceito que se trabalhará de ativismo judicial.

Assim, quanto ao ativismo jurisdicional (iv), também chamado de formal, que traduz a ideia de que o próprio tribunal passa a redefinir os limites de sua competência jurisdicional, modificando, assim, o seu papel institucional nas relações com os demais poderes (CAMARGO; SILVA; VIEIRA, 2009, p. 78), entende-se que esta redefinição de atribuições será ativista quando oriunda de uma interpretação criativa.²²

O mesmo se diz da dimensão do ativismo corretivo ou remedial, em que o Poder Judiciário impõe obrigações afirmativas com incursão sobre os outros ramos do Estado. Ora, o mero exercício de fiscalização por parte do Judiciário, em que este analise a legalidade da atuação dos outros ramos de poder e, que em caso de descumprimento, imponha uma sanção com uma obrigação ao poder público, não pode ser entendido como ativismo judicial. A dimensão corretiva será entendida como ativista quando esta imposição se der com base numa tomada de decisão política do Judiciário alicerçada nos preceitos constitucionais, visando dar concretude a estes, ou seja, com um nítido grau de criação²³.

Delineados, então os sentidos trazidos da doutrina americana que se mostrariam adequados num debate brasileiro do tema, prossegue-se com a depuração, pontuando mais algumas peculiaridades que devem ser levadas em consideração na construção do conceito.

Margarida Lacombe Camargo et al. (2008, p. 105) atentam para a distinção entre ativismo judicial em sentido forte, *hard activism*, e em sentido fraco, *soft activism*. O primeiro seria aquele exercido sem a utilização de parâmetros jurídico-normativos, através da aplicação direta de argumentos filosóficos e/ou pragmáticos sem a mediação de uma norma jurídica legal ou constitucional. Já em sua modalidade mais branda (*soft activism*), recorrer-se-ia ao material normativo, legal ou constitucional para embasar a decisão.

Não obstante, referidos autores observem a ocorrência das duas modalidades em suas análises, acredita-se que, no cenário brasileiro, o ativismo praticado majoritariamente se manifesta em sua modalidade branda, haja vista que na quase totalidade das vezes encontra guarida em algum dispositivo do texto constitucional.

Isto ocorre em virtude das características do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 é abrangente: em seu texto estão inseridas matérias tradicionalmente

²² Como exemplo pode se citar o julgamento da Reclamação nº 4.335-AC julgada pelo Supremo Tribunal Federal em que a Corte defende que a declaração de inconstitucionalidade julgada em sede de controle difuso ganharia efeito erga omnes independente da edição de decreto pelo Senado Federal suspendendo sua aplicação como menciona o art. 59, x, CF; aduzindo, para tanto que teria se operado mutação constitucional.

²³ Um exemplo dessa ocorrência seria a judicialização das políticas públicas no Brasil, das quais pode se destacar os casos relativos ao direito à saúde e à educação.

tratadas no direito infraconstitucional; bem como um extenso rol de direitos fundamentais, inclusive com a previsão de inúmeros direitos sociais; além de trazer valores éticos e morais para o ordenamento jurídico, com o fito de instituir objetivos para o Estado e também orientar sua atuação. Assim, a Constituição para além de um vasto estofo de regras — disposições constitucionais que possuem significados com delimitação mais estreita — valeu-se dos princípios, que possuem um caráter mais abrangente, com menor grau de precisão, mas que têm uma forte carga axiológica e poder de irradiação, de modo que são capazes de amplificar o poder de aplicabilidade do sistema jurídico fazendo-o se espriar para as mais diversas áreas.

Observa-se, dessa forma, que a extensão de matérias tratadas e a plasticidade conferida pela inserção de valores morais na Constituição de 1988, tornaram possível que seu texto albergue um amplo leque de pretensões²⁴. Esta peculiaridade é importante para compreensão das diferenças de como o ativismo judicial se manifesta no Brasil.

Nos Estados Unidos, é comum que a Suprema Corte valha-se unicamente de elementos de ordem moral e ética para julgar. Mauro Cappelletti (1993, p. 127) assinala nesse sentido que por vezes são invocados princípios de bom governo, justiça natural, bem como os direitos do homem, para limitar a autoridade legislativa, prescindindo dos termos literais e inclusive da própria Constituição escrita²⁵.

No Brasil, no entanto, dada essa amplidão do texto constitucional, é mais fácil se encontrar referência nesse diploma normativo para balizar a criação normativa judicial. Daí que é preciso se ter em conta que essa característica se projeta na discussão do Ativismo Judicial.

Parece ser razoável a tomada de duas conclusões: a primeira é que uma conceituação de ativismo que leve em consideração tão somente a dimensão do *hard activism* esvaziaria o seu sentido²⁶; a segunda é que o ativismo judicial em terras brasileiras não se dá a margem do

²⁴Não se olvida nesse ponto da crítica feita a uma excessiva constitucionalização que diminuiria a autonomia política do povo, argumentando-se que as decisões já estariam tomadas pelo legislador constituinte. Nesse sentido pontua Daniel Sarmento (2010, p. 269-270) mencionando os riscos de um panconstitucionalização.

²⁵Também o Tribunal Constitucional Alemão realizou significativa construção pretoriana, por exemplo, acerca dos direitos sociais, sem que esses estivessem expressamente consignados. Elival da Silva Ramos (2010, p. 135) lembra que a maior parte desses direitos resultou da construção jurisprudencial com base no princípio da dignidade da pessoa humana, na cláusula do Estado Social e no princípio geral da igualdade.

²⁶Pontua-se, todavia, a existência de autores que concebem o tema desta maneira. Daí concluírem que não sealaria em ativismo judicial no Brasil. Nesse sentido: “[...] o fato é que só podemos reconhecer a existência de ativismo quando a decisão amparar-se em fundamentos que não possam ser claramente identificados explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico, especialmente na Constituição.” (ROCHA, 2013, p. 2). O autor por compreender que o Ativismo teria uma necessária dimensão negativa de intervenção indevida nos outros poderes pondera ainda que: “[...] considero ser o ativismo judicial uma hipótese difícil de ocorrer, aquilo que os penalistas denominam de ‘crime impossível.’” (ROCHA, 2013, p. 4).

direito positivo ou com base unicamente em padrões morais, pelo contrário, nota-se que ele busca alicerçar-se na Constituição. Mas, isso não quer dizer que a questão seja menos dificultosa ou que o potencial criativo seja irrelevante. Uma vez que a vagueza, a indeterminação e o caráter plurissignificativo dos princípios permitem as mais variadas interpretações e concretizações do texto.

Como último aspecto a ser ponderado antes de se proferir o conceito de ativismo, é importante destacar que não se pretende atribuir ao termo uma conotação negativa ou pejorativa, como comumente se observa na doutrina pátria. Desse modo, não se caminha ao lado de Elival da Silva Ramos (2010, p. 212) para quem o ativismo judicial “[...] é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional” em detrimento das demais funções. Complementa que há “[...] uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes.” (RAMOS, 2010, p. 93-94).

Referida ideia se assenta numa perspectiva de que o ativismo judicial importa necessariamente numa violação à separação dos poderes, pois o Judiciário — que deveria se ocupar de dirimir litígios — passaria a invadir, sobretudo, a função Legislativa, adentrando o espaço de conformação normativa pertencente ao legislador (RAMOS, 2010, p. 94). Trata-se, portanto de uma ótica baseada numa ideia de rígida separação dos poderes. Dessa forma, para este autor a função típica de um poder “[...] admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.” (RAMOS, 2010, p. 85).

Não se visualiza a questão por esse prisma. Compreende-se que o princípio da Separação dos Poderes tem conceito elástico, que se molda em cada momento histórico e em cada sociedade a partir das conjecturas de poder (FERNANDES, 2010, p. 59). Desse modo, não se pode pretender aplicar a leitura feita desse princípio no período pós-revolucionário francês — em que se vislumbrava uma divisão estanque entre as funções e uma nítida supremacia do Poder Legislativo — a uma sociedade completamente distinta daquela. Não há um núcleo essencial fixo, estabelecido hipoteticamente ou pré-concebível²⁷ sobre o que necessariamente compete a cada um dos poderes. Só se pode aferir qual atividade cumpre a cada um diante de um sistema constitucional posto. Uma vez que em cada momento histórico

²⁷De acordo com Canotilho (2003, p. 559) se há um núcleo essencial do princípio da Separação dos Poderes, ele estaria na “[...] proibição do ‘monismo de poder’, como o que resultaria, por ex., da concentração de ‘plenos poderes’ no Presidente da República [...]. Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função.”

as relações de poder se alteram e a sociedade acomoda a divisão dos poderes de modo diverso. Portanto, será a Constituição quem determinará quais são as atividades atípicas que são autorizadas (FERNANDES, 2010, p. 57).

Compreendida a questão dessa forma, então se observa que se uma constituição delimita que é da competência de seu Poder Judiciário proferir sentenças com perfil aditivo, não há que se falar em violação ao primado da divisão dos poderes, visto que essa competência atípica lhe será legítima.

Tomada essa linha de raciocínio, a conceituação de ativismo enquanto uma desnaturação das funções do Judiciário que necessariamente invada as atribuições de outros poderes, só será coerente na sistemática brasileira, se, em face da Constituição de 1988, verificar-se que a prolação de decisão judicial com um maior grau criativo e perfil aditivo ao ordenamento se mostrar em todas as circunstâncias vedadas pela dinâmica dessa Carta Política.

Ora, isto não é o que ocorre no modelo instaurado a partir de 1988. Nesse momento inicial da discussão é possível se sustentar esse argumento a partir do exemplo das omissões inconstitucionais.²⁸ Nesses casos em que os demais poderes, sobretudo do Legislativo, não transformam em norma jurídicas as determinações constitucionais, o constituinte preocupado com a eficácia dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, CF), conferiu remédios processuais com vistas a sanar essas omissões inviabilizadoras do exercício dos direitos: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 5º, LXXI e art. 103, § 2º). Ora, ao se conceder ao Poder Judiciário a capacidade de julgar essas ações, em que o debate se dá acerca da falta de conformação legislativa, o constituinte facultou-lhe a aptidão para suprir essas omissões constitucionais — em matéria de direitos fundamentais — mesmo que para tanto, lhe seja necessário proferir decisão com perfil aditivo (FERNANDES, 2010, p. 60).

Desse modo, ainda que tomada só essa hipótese, já se verificaria a possibilidade de uma ação judicial que se dê na esfera tradicionalmente exercida pelo parlamento. Ou seja, situação na qual o ativismo judicial estaria dentro dos limites conformados pela própria Constituição e que, por conseguinte, não se mostraria uma violação à esfera de atuação do Legislativo.

²⁸ Posteriormente, quando se tratar (no capítulo seguinte) a respeito das peculiaridades das sociedades contemporâneas, este argumento será reforçado, demonstrando que mais do que permitir, a Constituição enseja um maior campo para a criação judicial, pois o uso de seus termos abertos com conotação axiológica necessita que no momento de sua aplicação lhe seja dado o seu fechamento normativo.

Portanto, opta-se pela construção de um conceito que não pressuponha um viés negativo da prática proativa ou uma implícita violação dos poderes. Uma vez que o cenário constitucional brasileiro não repele toda decisão com perfil aditivo ao ordenamento.

Assim, a concepção aqui esposada se alinha mais a percepções que tem do fenômeno Luís Roberto Barroso e Ricardo Vieira Fernandes. Para o primeiro:

A ideia de Ativismo Judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6).

Ricardo Fernandes caminha no mesmo sentido na percepção do fenômeno, destacando o perfil aditivo das decisões ativistas, assim, para ele:

Ativismo Judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional). (FERNANDES, 2010, p. 90; 2012, p. 125).²⁹

Portanto, a orientação adotada no trabalho é de que o Ativismo Judicial consiste em uma maior participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com decisões de perfil aditivo ao ordenamento jurídico, regulamentando condutas sociais ou estatais, anteriormente não normatizadas, independentemente da intervenção legislativa; isto é dizer: uma criação judicial pautada não necessariamente em leis, mas nos ditames constitucionais, em especial nos direitos fundamentais.

Assim, a tônica do conceito está na inovação no sistema jurídico através da interpretação de normas extraídas diretamente da Constituição — tanto princípios como

²⁹ Observa-se, da definição de Ricardo Fernandes Vieira que Ativismo Judicial pode ser entendido como gênero, cujas espécies se manifestam no âmbito jurisdicional e extrajurisdicional. A primeira, refere-se a atuação do magistrado dentro do âmbito jurisdicional, ao interpretar normas jurídicas diretamente a partir da Constituição. A segunda se dá em manifestações públicas dos magistrados, fora do exercício da magistratura, com o fito de influir politicamente nos processos políticos. Esse segundo aspecto não será objeto de estudo nesse trabalho, uma vez que se aproximaria mais da ideia de partidarização do judiciário., Margarida Maria Lacombe Camargo, Alexandre Garrido da Silva e José Ribas Vieira (2009, p. 77) também aludem para essa dimensão extrajurisdicional do conceito.

regras — sem a existência de intermediação legislativa. Logo, trata-se de criação de direito pela esfera judiciária em sua atividade típica³⁰, que não se limita à produção de norma jurídica individual e concreta (sentença, acórdão ou decisão) (FERNANDES, 2012, p. 121-122). Tem-se o Poder Judiciário atuando enquanto fonte primária da produção normativa.³¹

Observa-se, assim, que se trata de uma concepção restrita de ativismo judicial, aproximando-se do conceito (v) de Willian P. Marshal e (c) de Keenan D. Kmiec — criação/legislação judicial —, mas que é capaz de se entretecer — nas perspectivas anteriormente expostas — às dimensões (i), (ii) e (iv) de Marshal e (a) de Kmiec. Portanto, o ativismo judicial referenciado ao longo do trabalho será o relativo a esta acepção descrita.

Também é importante se pontuar acerca da postura oposta ao ativismo judicial. Alguns autores entendem que seria uma atitude de *autocontenção judicial*³², todavia, outros como Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p. 469) entendem que o contraponto estaria no *passivismo*, que se mostraria quando o Judiciário permanece sem reação diante de claras violações à Constituição, abdicando de seu papel de guardião da Carta Maior, sendo subserviente aos demais poderes.

Nesta linha de pensamento a *autocontenção* seria a intervenção do Judiciário de modo mais modesto. Seria o ponto de equilíbrio entre o ativismo e o passivismo. O órgão jurisdicional só interviria em casos de patente violação à Constituição e deixaria para os Poderes Legislativo e Executivo a resolução de questões fortemente controvertidas. Luís Roberto Barroso assinala que trata se da:

[...] conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. [...] a principal diferença metodológica entre as duas posições seria que o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das

³⁰ Diz-se típica nesse aspecto, por se referir ao seu exercício de jurisdição e não de iniciativa para propositura de lei (atípica) como ocorre, por exemplo, na previsão do art. 93 da CF que alude “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura [...]”

³¹ Cabe nesse ponto promover um esclarecimento: a ideia de ativismo retratada não quer significar, de modo algum, a simples aplicação da Constituição. Até mesmo porque a aplicação direta de uma Constituição não é senão o reconhecimento de sua normatividade. Note-se, o que se trabalha na ideia de ativismo aqui esboçada, é que o Poder Judiciário, não só aplica a constituição, mas a partir dela cria novas situações jurídicas, novas estipulações a serem observadas sem o respaldo da lei; atuando enquanto fonte primária da produção normativa.

³² Nessa linha segue Luís Roberto Barroso (2009, p. 7).

instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2009, p.7) [Desse modo] se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos. (BARROSO, 2012, p. 11).

Normalmente se associa a ideia de ativismo judicial à possibilidade de violação dos valores democráticos, aduzindo-se que os juízes se imiscuem na arena política, sem que para tanto estivessem legitimados. Por outro lado, a autocontenção é enaltecida justamente porque o Judiciário se absteria de decidir em matérias políticas, não tomaria partido, permitindo que os outros poderes, cujos atores são representantes da população, tomassem as decisões dessa natureza. A autocontenção geralmente é associada a uma ideia de moderação, de uso adequado do Judiciário.³³

Todavia é necessário se desconstruir essa percepção maniqueísta da atuação judicial. Ora, há que se ponderar que quando o Judiciário opta por não decidir determinada matéria, para que os operadores políticos o façam, ele também está de algum modo dando uma resposta à pretensão postulada. Primeiro, porque formalmente falando, este Poder, diferente dos demais, não pode se furtar em decidir, deve dar alguma resposta ainda que não solucione a matéria (CAMPILONGO, 2011, p. 34). Assim, quando uma questão — sob a qual ainda não se tenha consenso social e que o Legislativo não tenha estabelecido diretrizes normativas — se coloca ao Judiciário, ele não tem alternativa se não tomar partido. Solucionando ou não o caso, ele estará se posicionando (PEKELIS, p. 55 apud SPOTA, 1985, p. 24)³⁴.

Como pontua Saul Tourinho Leal (2008, p. 98) muitas vezes não decidir é mais prejudicial para a população do que decidir. Exemplifica o autor, com a decisão concernente ao confisco da poupança dos cidadãos brasileiros feita pelo então Presidente Fernando Collor de Melo em que o Tribunal preferiu silenciar-se. Daí, consignar Mauro Cappelletti

³³Dimoulis e Lunardi (2011, p. 469) pontuam ainda que apesar de se mostrar como uma ideia de moderação, a concepção de autocontenção pode comportar alguns contrassensos do ponto de vista teórico, uma vez que não há dispositivo que impõe aos tribunais declarar a inconstitucionalidade só em casos excepcionais ou manifestos. Assim, independentemente da maior ou menor “clareza” da violação, se uma norma é inconstitucional cumpre ao juiz censurá-la. Ademais, a doutrina não oferece critérios para decidir quando a violação tem caráter claro ou manifesto.

³⁴Nesse sentido, oportuna é argumentação trazida por Alexander Haim Pekelis: “Ainda que não queiramos admitir, um tribunal que enfrenta um problema, a respeito do qual a sociedade está em franco desacordo e a respeito do qual o legislativo não tenha procurado um guia seguro, não pode fazer outra coisa senão colocar-se do lado de uma das partes litigantes. A questão é se o fará por comissão ou por omissão — isto é, se os juízes discutirão ou não em suas opiniões os argumentos a favor ou contra os problemas reais subjacentes ao litígio acerca do qual a sociedade se acha dividida. — Podem fazer isso ou evitá-lo por diversos meios. Podem discutir cânones de interpretação legislativa; declarar sua falta de jurisdição, que é o ‘meio mais fácil de dar ao litigante descontente a impressão de que é a lei e não o juiz quem se nega a ouvi-lo’. Ou deixar a solução do problema para um órgão administrativo.” (PEKELIS, p. 55 apud SPOTA, 1985, p. 24).

(1993, p. 92) que não é somente o ativismo que pode ofertar riscos à democracia, a postura de abstenção também pode ensejar uma atuação parcializada por parte do Judiciário.

No que cabe ao ativismo judicial, é importante se alinhar que ele pode ser tanto progressista em matéria de direitos fundamentais quanto pode ser conservador (BARROSO, 2012, p. 10). No Brasil, num primeiro momento a perspectiva ativista foi vista como uma atuação progressista dos magistrados (CAMARGO; SILVA; VIEIRA, 2009, p. 77) talvez porque em seu curso histórico o Judiciário tenha pecado muito mais por omissão diante dos desmandos dos poderes político e econômico, do que pelo excesso (SARMENTO, 2010, p. 260). Todavia, deve-se pontuar que “[...] o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais.” (SARMENTO, 2010, p. 260-261). Daí que hodiernamente grande parte da doutrina dá ao termo uma conotação negativa, vinculando-o à ideia de uma perspectiva elitista da democracia ou de um governo de juízes³⁵.

Desta maneira, parece que a análise desses fenômenos e a descoberta de quais papéis possam desempenhar na construção de uma sociedade democrática deva ser feita com base na realidade histórica em que se situam. Uma vez que tanto a omissão quanto uma maior atuação judicial podem servir para fortalecer ou erodir um Estado democrático.

Assim, para além da construção conceitual empreendida será necessário se vislumbrar as particularidades do contexto político brasileiro para se visualizar que papel tem exercido o ativismo judicial: se tem auxiliado na implementação da agenda democrática brasileira, ou se tem se mostrado como uma disfuncionalidade da atuação judicial.

1.2.1 Judicialização

Muito embora a noção de ativismo judicial não se confunda com o fenômeno da judicialização, a compreensão desse conceito se interliga fortemente com o de ativismo.

³⁵ Sobre esse aspecto Daniel Sarmento (2010, p. 261) pondera que “[n]o cenário contemporâneo, Ran Hirsh sustenta que o processo de judicialização da política que vem ocorrendo nos últimos anos em diversos países do mundo — ele fez um atento, ainda que controvertido, estudo dos casos do Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia —, teria como pano de fundo uma tentativa das elites econômicas e culturais, que perderam espaço na política majoritária, de manterem o seu poder, reforçando no arranjo institucional do Estado o peso do Judiciário, no qual elas ainda têm hegemonia. E, aqui no Brasil, será que a proteção absoluta que vem sendo conferida ao direito adquirido — inclusive o de furar teto salarial do funcionalismo fixado por emenda à Constituição — e o “ultra-garantismo” penal nos crimes do colarinho branco não seriam exemplos deste mesmo fenômeno?”

Desse modo, algumas considerações acerca dessa ideia precisam ser tecidas, com o fito de melhor se visualizar em que contexto a prática do ativismo judicial se tornou mais notória.

Judicialização pode ser entendida como o deslocamento de questões de relevante repercussão política, social e moral para o âmbito do Poder Judiciário. Assim, questões que normalmente eram decididas no âmbito das instâncias políticas tradicionais passaram a ser alocadas nos tribunais (BARROSO, 2009, p. 3). Essa transferência para esfera judicial ocorre em maior medida do que já se tinha observado anteriormente. Não se dá somente quanto a um aspecto (político, moral, social), mas sim com relação a uma pluralidade de objetos que passaram a ser largamente decididos no Judiciário.

É possível verificar a judicialização sob dois aspectos: um quantitativo e outro qualitativo. O primeiro diz respeito à quantidade de ações que têm sido levadas à apreciação judicial, que cresceu exponencialmente. O segundo aspecto refere-se ao modo pelo qual o Judiciário julga as matérias, dizendo respeito a uma ampliação dúplici, tanto da diversidade de assuntos que lhe são submetidos (políticos, morais, religiosos) quanto da maneira como esses julgamentos são realizados, pois passaram a ser conhecidos pelos tribunais. Tanto do ponto de vista qualitativo como do quantitativo, pode se notar um aumento correlato da importância social do Judiciário, que se torna mais presente na vida da população (FERNANDES, 2010, p. 83).

Luís Roberto Barroso (2012, p. 9) pondera que no caso brasileiro a judicialização decorre do desenho institucional vigente, não se trata de uma opção política por parte do Judiciário. Por essa razão se traduziria em fato inelutável, pois uma vez provocados pela via processual adequada, os tribunais tem que se pronunciar a respeito da questão colocada.

Margarida Camargo, Alexandre Garrido da Silva e José Ribas Vieira (2009, p. 74) identificam três dimensões da judicialização: a *dimensão institucional*, a *sociológica* e a *lógico-argumentativa*. Assim, do ponto de vista *institucional*, seria então a — já retratada — ideia de um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os tribunais, que passam a tratar, por exemplo, a revisar e implementar políticas públicas, bem como arbitrar a respeito das regras do jogo democrático. Quando analisado de uma mirada *sociológica*, a judicialização das relações sociais evidencia o surgimento do Judiciário como um meio alternativo para se resolver conflitos coletivos, para agregação do tecido social e também para adjudicação da cidadania (VIANNA et al., 1999, p. 22). Por fim, no que cabe a perspectiva *lógico-argumentativa*, a judicialização se convolaria na noção de que as formas de argumentação tipicamente jurídicas passam a se espriar para a seara política (seja ela

institucional ou não), demonstrando assim certa domesticação das relações sociopolíticas pela linguagem do direito, principalmente pelo discurso constitucional.

A judicialização pode se dar tanto nas relações sociais — entre particulares ou entre o cidadão e o Estado —, como também no âmbito das relações políticas como anota Luiz Werneck Vianna et al (1999, p. 47-51, 149-160). No que concerne às relações sociais, tem-se como marca o crescente uso do direito na vida social. Quando se fala do fenômeno no âmbito político, busca-se destacar o papel que os tribunais, sobretudo os constitucionais, ganharam na dinâmica política e na divisão dos poderes estatais, em que se tornaram parte crucial no processo de decisão política (CAMARGO; SILVA; VIEIRA, 2009, p. 78).

Nesse primeiro momento, de apresentação conceitual pretende-se dar mais relevo a dimensão institucional, sobretudo a institucional da judicialização, ressaltando a sua vertente das relações políticas. Isso porque no capítulo seguinte, quando se aborda o processo histórico de formação e consolidação do Poder Judiciário, deu-se especial enfoque a dimensão sociológica, mas também cuidando de fazer apontamentos a respeito da judicialização lógico-argumentativa.

Desse modo, para complementar essa ideia de que houve um deslocamento das matérias políticas para o âmbito dos tribunais é preciso se compreender o processo que cristalizou matérias de caráter político nas estruturas do direito. Assim, a partir do momento em que os objetivos sociopolíticos foram transformados em linguagem jurídica, coube então a esfera jurídica proteger tais direitos por meio de sua metodologia jurídica. É possível se vislumbrar nesse aspecto uma importante raiz do processo de judicialização.

Para compreender como se deu esse uso dos códigos do direito, é importante lembrar que, após o declínio do nazismo e do fascismo com o fim da Segunda Guerra Mundial, e depois, nos idos dos anos 70, com a desarticulação dos regimes autoritários na Península Ibérica e na América Latina, observou-se uma mudança na institucionalidade democrática. Assim, as constituições desses países passaram a ser balizadas pelos direitos fundamentais, que foram inseridos em seus textos. A inserção desses direitos individuais, sociais, econômicos e culturais está no cerne de todo o processo de redefinição das relações entre os três poderes. O Poder Judiciário assim, se inseriu no espaço da política, tanto porque tinha que proteger a esfera de liberdade individual de cada indivíduo, com o fito de que as decisões da maioria não pudessem opor restrições que inviabilizassem as garantias de cada cidadão; como também porque a positivação dos direitos sociais, de cunho prospectivo facultou a esse poder também ponderar sobre a administração do futuro (VIANNA et al., 1999, p. 22).

Assim, tal fato acarretou a transformação de matérias políticas em matéria jurídicas, tornando, os direitos individuais, as prestações estatais, ou os fins públicos, em pretensões jurídicas, de modo que todos eles puderam passar a ser requeridos sob a forma de ação judicial, tornando-se, pois, judicializáveis (BARROSO, 2009, p. 5).

Ainda é oportuno se ponderar com Luiz Werneck Vianna et al. (1999, p. 150) que:

Na sociedade brasileira, um caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente, a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária em um contexto que tradicionalmente, não conheceu as instituições de liberdade. Nesse sentido, o direito não é substitutivo da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente. Décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social, desestimularam a participação, valorizando o individualismo selvagem, refratário à cidadania e à ideia de bem comum. A intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada direta ou indiretamente ao Judiciário, como no caso das ações públicas e dos Juizados Especiais, em vez de manterem os indivíduos à parte da república, pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas.

Destarte, evidencia-se que estando mais inserido nas discussões políticas, sociais e morais, o Judiciário ganhou espaço na dinâmica democrática brasileira. A partir de Ernani Rodrigues de Carvalho (2004) é possível se identificar ainda, seis condições para o surgimento e a consolidação da judicialização: a existência de um sistema político democrático; o princípio da separação de poderes; o exercício de direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias.

Desse exposto, pode se notar que a Judicialização é um fenômeno decorrente do modelo de Estado adotado e da opção constituinte que assegurou uma ampla gama de direitos e previu meios instrumentais para sua efetivação. Portanto, a Judicialização não se consubstancia em uma opção por parte do Judiciário, tratando-se de uma decorrência da atual estrutura das relações políticas e do modelo constitucional erigido. Daí se dizer que a judicialização é um fato, diferente do ativismo que se demonstra enquanto uma forma de agir, uma postura ao interpretar a Constituição. Nesse sentido, é ilustrativa a lição de Luís Roberto Barroso acerca do assunto:

A Judicialização e o Ativismo Judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma

constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o Ativismo Judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 6).

Todavia, a despeito de traduzirem ideias distintas, é importante se observar que ativismo judicial e judicialização possuem uma interconexão. Ora, num contexto em que o Judiciário passa a ser impelido a decidir cada vez mais matérias de cunho moral, político e social, albergadas pela Constituição, vislumbra-se que começam exsurgir possibilidades de uma maior criação judicial do direito a partir da Carta Fundamental. Assim, num cenário de forte judicialização a ocorrência do Ativismo Judicial passa a ser mais reiterada.

CAPÍTULO 2 LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Processo histórico de delimitação e conformação do Poder Judiciário

Compreender o fenômeno do Ativismo Judicial manifestado pelo Poder Judiciário hodiernamente perpassa pelo entendimento do estreito vínculo existente entre modelo constitucional instaurado pela Carta de 1988; as estruturas, dinâmicas e expectativas alocadas no Poder Judiciário brasileiro e; o atual contexto social das democracias ocidentais que impôs novas peculiaridades ao direito positivo estatal. A investigação que se pretende, realiza-se no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, razão pela qual possui matizes diferenciados do Ativismo Judicial praticado nas instâncias ordinárias e no âmbito difuso. Entretanto, não se pode proceder a análise do desempenho dessa função de modo apartado da formação do Poder Judiciário. Isto porque, conquanto o exercício do controle de constitucionalidade tenha sido agregado apenas posteriormente ao Judiciário¹, as balizas estruturais de tal Poder deitam suas raízes nas revoluções liberais do século XVIII e na formação do Estado Moderno. Assim, olhar somente o exercício da função sem que se compreendesse como o órgão foi gestado importaria numa análise parcial do fenômeno do Ativismo Judicial no STF, incapaz de contemplar suas peculiaridades, pois, embora possua contornos próprios, o controle concentrado de constitucionalidade também é realizado em um âmbito jurisdicional.

As funções judiciais e as respectivas projeções sobre elas sempre estiveram correlacionadas aos modelos de Estado no qual se encontravam alocadas. Isso porque, sendo os tribunais pilares fundadores do Estado, órgãos de soberania que se colocam ao lado do Poder Executivo e do Poder Legislativo, as alterações nos modelos de Estado refletem em sua estrutura e em suas atividades. Em virtude disso, a análise acerca do Poder Judiciário, bem como o processo em que se deu a incorporação da função de controle de adequação normativa, hão de ser verificados à luz dos modelos estatais que emergiram no curso histórico.

O significado sociopolítico dos tribunais tem evoluído nos últimos cento e cinquenta ou duzentos anos. É possível se averiguar pontos em comum nessa conformação nos

¹ Pode se assinalar historicamente o caso Marbury VS Madison nos Estados Unidos em 1803 e na tradição romano germânica da Europa continental apenas em 1920 com a entrada em vigor da Constituição Austríaca com o modelo de controle concentrado elaborado por Hans Kelsen (BINENBOJM, 2004, p. 29-37).

diferentes países do ocidente, não só porque os Estados nacionais partilhem de um mesmo sistema interestatal, mas também porque as transformações políticas estão vinculadas ao desenvolvimento econômico, o qual ocorre a nível mundial no âmbito do capitalismo. Dessa forma, além do transcurso histórico, pondera-se, igualmente, que tal evolução variará conforme a posição que determinado Estado ocupe dentro deste sistema interestatal e do papel que ocupe na economia mundial (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 6). Por essa razão, a compreensão da função judicial brasileira deve ser feita levando-se em consideração as matrizes em que o Estado liberal fora estruturado no contexto europeu e norte americano do século XVIII, as alterações que foram promovidas no Estado Social/Providência e, posteriormente, pelos fenômenos da globalização e do neoliberalismo; mas, principalmente, como esses modelos foram introduzidos e recepcionados num país periférico na economia mundial como o Brasil. As peculiaridades da implementação desses arquétipos, mostram-se fulcrais para a compreensão das especificidades do Judiciário, do Supremo Tribunal Federal e do Ativismo Judicial brasileiro.

2.1.1 Poder Judiciário no Estado Liberal

A história da magistratura remonta à Antiguidade Clássica, perpassa pela Idade Média, todavia, a forma na qual se estrutura atualmente surge — juntamente com as demais formas de resposta à concentração de Poder do Estado Absolutista — a partir da Revolução Francesa. Nesse sentido é que informa Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 101), que em sua conformação hodierna, o Judiciário é um produto europeu, que não obstante a Revolução Francesa, tem inquestionáveis antecedentes na Inglaterra e na Alemanha e, que não foi fruto de uma teorização, mas da experiência política diferenciada na França, Alemanha e Inglaterra. Por essa razão é que se escolheu tratar-se do Poder Judiciário a partir deste marco.

Em virtude da grande influência que o modelo continental europeu — sobretudo, o francês — terá na formação da estrutura judiciária brasileira, cabe dar a ele um especial enfoque nesse primeiro momento². Assim, importante nesse compasso, vislumbrar que o pequeno poder atribuído inicialmente ao Judiciário enquanto Poder de Estado é resposta ao modo pelo qual a magistratura era exercida no período absolutista. Nesse contexto em que se procedia a formação e centralização dos estados nacionais, a magistratura era exercida por agentes delegados, diretamente escolhidos pelo rei. Assim, suas decisões deviam se dar

² Para uma análise estrutural acerca do modelo inglês de magistratura consultar a obra de Eugênio Raul Zaffaroni (1995, p. 105 et seq.).

acorde aos interesses da coroa, o que suscitava, ao mesmo tempo, que possuíssem larga discricionariedade em assuntos em que não houvesse interesse do monarca — pois, não havia nenhuma forma de controle de sua atuação — e fossem submissos aos assuntos que tivessem alguma importância para o rei. Isto conduziu ao fato de que a magistratura fosse vista com desconfiança e temor pela população (DALLARI, 1996, p. 13-15). Assim, na implementação da formulação liberal do Estado, o poder Judiciário foi neutralizado politicamente.

A recepção da teoria da separação dos poderes — a quem Montesquieu deu as feições que vieram a se consolidar no Estado Moderno — foi caucionada na França em um contexto que via no poder dos juízes — comprometidos com o Antigo Regime — um inimigo a ser combatido. De onde emerge a figura do juiz “boca da lei”, limitado pelo Poder Legislativo³. Por outro lado, para o constitucionalismo americano, a maior ameaça provinha das maiorias democráticas, e o magistrado era o garante que impunha limites ao Legislativo (CAMPILONGO, 2011, p. 30).

Boaventura de Sousa Santos aduz que o modelo de Estado Liberal já consolidado estender-se-ia do século XIX até a Primeira Guerra Mundial, quando então exsuriria o período do Estado Providência. Todavia, no que tange a função judicial, pelo pouco desenvolvimento que conheceu no entre guerras, teria passado por uma transição, somente se firmando no modelo de Estado Providência após a Segunda Guerra Mundial. Pela sua longa duração histórica, o Estado Liberal é particularmente importante para a consolidação do modelo judicial moderno (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 7). Assim, a partir das transformações dessas bases é que se chega a atual configuração.

Inicialmente, reforça-se que a despeito da teoria da Separação dos Poderes, havia uma nítida supremacia do Legislativo e uma neutralização política do Judiciário no período Liberal. Esta neutralização política decorre, sobretudo, do princípio da legalidade, segundo o qual os tribunais devem decidir em conformidade com a lei. A aplicação do direito, assim, se torna uma operação de subsunção lógica dos fatos às normas (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 7). A interpretação consistiria em atividade de conhecimento (e não de decisão, ou seja, não política) e de descrição de normas (e não de criação). Significa dizer que as questões judiciais sempre admitiriam soluções facilmente encontráveis no ordenamento jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 42). Por isso a neutralização, porquanto as opções de

³ De acordo com Campilongo (2011, p. 31), “[n]o processo de superação do regime absolutista, a tese da divisão dos poderes, com o destaque conferido ao Legislativo, surge como fórmula capaz de atingir os seguintes objetivos: deslocar o centro de decisão política para uma arena na qual a burguesia tinha assento (o Parlamento); impor limites à atuação do monarca, isto é, controlar o Executivo; dotar o Judiciário de uma posição institucional protegida de interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos (certeza jurídica, previsibilidade e garantia das expectativas).”

caráter políticos já foram tomadas e previamente conformadas na lei, de modo que não cumpre ao Judiciário exercer poder normativo ou político. Daí se falar em “boca da lei”.

Esta perspectiva coloca o Estado — através do Poder Legislativo — como fonte central de todo o direito (entendido enquanto técnica de organização da vida social), sendo a lei a sua maior expressão, de modo a formar um sistema coerente, lógico e hierarquizado de normas, que estabelecem uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções, o que origina uma sucessão de deveres jurídicos que conformam e estabilizam as relações sociais. Desta feita, o direito é entendido enquanto “sistema de normas” em que aos fatos sociais só é conferido sentido jurídico à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente. Esta concepção formalista acaba por valorizar os aspectos técnicos e procedimentais das leis e dos códigos, relegando a uma menor importância os aspectos sociais, éticos, políticos, históricos do fenômeno jurídico (FARIA, 1995, p. 27-28).

Assim, os juízes mover-se-iam dentro de um quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhe caberia garantir concretamente a sua vigência. Em tal cenário o poder dos tribunais é retroativo, pois objetivam reconstituir uma realidade normativa já plenamente constituída. Inclusive, nesse momento histórico, a independência do Judiciário residia justamente no fato de estar total e exclusivamente submetido à lei. (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 7). “Um Judiciário obrigado a decidir conforme a lei está, por isso mesmo, legitimado a resistir às pressões do sistema político. A independência do Judiciário tem por preço sua dependência à lei.” (CAMPILONGO, 2011, p. 35). Deste modo, a independência dos tribunais era concebida como garantia da proteção da liberdade, entendida esta como vínculo negativo, ou seja, como prerrogativa de não interferência. Esta independência dizia respeito à direção do processo decisório e, assim, pôde coexistir com a dependência administrativa e financeira dos tribunais face ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Portanto, dentro da lógica liberal, em que todas as circunstâncias, para que fossem protegidas juridicamente, deviam se adequar às disposições previamente estipuladas na lei, era necessário que o ordenamento jurídico fosse entendido como completo, não contraditório, sem lacunas ou antinomias. Essa perspectiva impunha ao juiz a obrigação de decidir. O sistema o coagia a sempre responder às demandas, tendo em vista que não existiam fatos ou ausência de fatos aos quais não pudesse responder — diferentemente dos outros dois poderes que não possuíam essa obrigação, pois administrador e legislador podiam se omitir e não

decidir (CAMPILONGO, 2011, p. 34).⁴ Uma das funções do juiz reside justamente nisso: dar um basta ao conflito de interesses e garantir os direitos individuais por meio da aplicação de uma norma geral.

Também como consequência da noção de completude do ordenamento está a inteligência de uma plena racionalidade do corpo legislativo, haja vista que o ordenamento só pode ser visto como coerente e livre de ambiguidades se o legislador que o produz for objetivo, prático e técnico (CAMPILONGO, 2011, p. 36).

As concepções do Estado Liberal de equilíbrio entre os poderes, completude do ordenamento e racionalidade do legislador tiveram como propósito responder aos problemas e desafios típicos desse tempo, assentados em uma sociedade menos complexa e menos dinâmica do que as sociedades do século XX. Fruto de um sistema político pouco inclusivo e conseqüentemente, mais compacto e homogêneo. Assim, informa José Eduardo Faria que em tais sociedades:

[...] o mercado competitivo funciona como mecanismo de integração, os contratos são a forma institucional básica de formalização das relações sociais, a produção legislativa do Estado se expressa essencialmente sob a forma de normas de conduta e, graças a um efetivo equilíbrio de poderes, o Judiciário pode agir, como uma instituição neutra, imparcial e acima de tudo reativa, ou seja, apenas quando devidamente provocado, levado — como *tertius super partes* — a dirimir litígios concretos entre partes claramente definidas e com objetos muito bem delimitados (uma obrigação contratual, uma separação, um crime etc). (FARIA, 1995, p. 33, destaque do autor).

A dinâmica estabelecida nessa conformação estatal tinha capacidade de estabilização de conflitos bastante reduzida, compatível apenas com sociedades de menor complexidade, em que as mudanças ocorriam de forma mais lenta, tendo em vista que para que ganhassem disposição jurídica deviam antes passar pelo processo de normogênese legislativa. Este estado de coisas demandava a necessidade de uma normatização intensa, que pudesse englobar plenamente a regulação de todas as novas situações sociais, criando novos estatutos jurídicos e atualizando os antigos. Desta feita, conforme a sociedade vai se diversificando e surgindo novas categorias de interesse, o Poder Legislativo passa a ser continuamente impelido a cristalizar novos direitos.

⁴ Celso Fernandes Campilongo chama atenção para o paradoxo que o princípio do *non liquet* impõe à função judicial, pois, de um lado, o sistema jurídico constrange o juiz a decidir em virtude da completude e unidade do ordenamento jurídico; por outro lado, em razão da hipersimplificação contida nesse dogma da completude do ordenamento, a proibição de denegação de justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infundável série de demandas do ambiente, o que revelaria que o Judiciário é um inevitável intérprete, criador e construtor do Direito (CAMPILONGO, 2011, p. 35).

Pontua Boaventura de Sousa Santos, ainda dentro deste período, que ocorreu um vertiginoso desenvolvimento da economia capitalista no seguimento da Revolução Industrial e como consequência:

[...] a ocorrência de maciças deslocações de pessoas, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, emergência da chamada questão social (criminalidade prostituição, insalubridade, habitação degradada, etc). Tudo isto deu origem a uma explosão da conflitualidade social de tão vastas proporções que foi em relação a elas que se definiram as clivagens políticas e sociais da época. (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 9).

Os debates e lutas sociais que daí emergiram almejavam romper com os modelos anteriores, buscando estabelecer novos critérios de sociabilidade. Como o âmbito de atuação do Judiciário se dava na resolução de conflitos individuais e a estabilização da macrolitigiosidade social extrapolava as diretivas em que fora instituído, ficou a margem de todo esse processo. Assim, os tribunais restaram excluídos das discussões acerca do modelo ou padrão de justiça distributiva a ser adotada na sociedade; mantiveram-se, pois, atrelados apenas aos padrões de justiça retributiva. “Foi assim que a justiça retributiva se transformou num questão de direito enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política.” (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 9). Inclusive, nesse período, mesmo quando, excepcionalmente, os padrões de justiça distributiva foram submetidos a escrutínio judicial, os tribunais mostram-se refratários à própria ideia de justiça distributiva, privilegiando sistematicamente soluções minimalistas.

Com efeito, as transformações sociais aludidas começaram a desnudar que o modelo de Estado Liberal dava sinais de desgaste. Assim, a partir do final do século XIX, em tempos diversos nos diferentes países, as bases de uma nova forma política estatal começam a ser erigidas, ainda que só venha a se consolidar como Estado Social nos países centrais apenas após a Segunda Guerra Mundial.

2.1.2 Poder Judiciário no Estado Social

O Estado Social é pautado pela intervenção estatal. Há um redimensionamento da dicotomia público e privado, de modo que o ente público passa a regulamentar searas que outrora se supunha de atuação exclusivamente privada, “[...] pondo a própria economia, além do mercado de trabalho, sob a jurisdição da Administração Pública.” (VIANNA et al., 1999, p. 17). Afora isso, cumpria-lhe também a administração do social, desenvolvendo programas

de emprego de mão de obra, políticas de assistência familiar, projetos habitacionais, programas de saúde etc.; matérias que dependiam da produção de leis de alcance específico. Consequência dessa ingerência é que as relações sociais passam a ser mediadas por instituições políticas democráticas em vez de permanecerem dependentes da esfera privada (VIANNA et al., 1999, p. 17).

Houve, por conseguinte, profunda alteração no caráter das leis em relação aos arquétipos liberais. Luiz Werneck Vianna et al., (1999, p. 16) — com base nas lições de Mauro Cappelletti — aduz que se substituiu a concepção de tempo referida ao *passado*, própria do paradigma liberal da “certeza jurídica”, por uma ênfase na noção de tempo *futuro*, com uma atividade promocional. “Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimento futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica entre ‘certo’ e ‘errado’, ou seja, entre o caso ‘justo’ e o ‘injusto’, *right and wrong*.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 41). Essas leis não mais se limitam a estabelecer competências, fixar obrigações ou assegurar direitos, pelo contrário, em vez de se cingir apenas à definição das “regras do jogo”, elas são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo (FARIA, 1995, p. 53).

Num primeiro momento as intervenções estatais tiveram principalmente natureza de preceitos legislativos (CAPPELLETTI, 1993, p. 39). A modificação do *status quo* pressupunha um arsenal de regulamentações. Esse novo instrumentalismo jurídico traduziu-se em sucessivas explosões legislativas e, por conseguinte, numa sobrejuridificação da realidade social, pondo fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e a manutenção exclusiva da subsunção lógica (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 11). Nos dizeres de Celso Fernandes Campilongo:

O individualismo do século XIX — que, do prisma jurídico, tem contraponto a imagem de um Judiciário que decide com suporte num ordenamento completo, produzido por um legislador racional e suas decisões estabilizadas com base na ‘coisa julgada’ — vai ceder espaço gradativamente, ao coletivismo do Estado social. O ordenamento jurídico vai sendo substituído por uma legislação ‘descodificada’, que rompe com as noções de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos. O legislador atual, premido pela complexidade das matérias objeto de regulação e pela velocidade das demandas, é menos o porta-voz dos ‘interesses gerais’ que tinham acesso ao Parlamento do século XIX, ou seja, exclusivamente a burguesia, e mais um representante de interesses corporativos contraditórios. Muito difícil, nesse contexto, manter a ficção da racionalidade do legislador. (CAMPILONGO, 2011, p. 39).

Num segundo momento, com o fim de integrar e dar atuação prática as intervenções legislativas, foi sendo criado um aparelho administrativo mais complexo. Acarretando um deslocamento da centralidade política para o Executivo. “O welfare state, na origem essencialmente um ‘estado legislativo’, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em estado administrativo.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 39). Isso ocorre tendo em vista que enquanto os direitos tradicionais — típicos do Estado Liberal — visavam proteger o indivíduo do Estado, através da criação de direitos de aspectos negativos — um “não fazer” por parte do ente público — ou, quando muito, bastava não permitir a violação destes; os direitos sociais, por sua vez, não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo, exigem a permanente ação do Estado. É dizer: a autoridade pública deveria efetuar prestações positivas, realizando ações que visassem promover os direitos — financiar subsídios, remover barreiras socioeconômicas, enfim, promover a realização dos programas sociais. A violação aqui, se daria em virtude da ausência da prestação de serviços públicos, pois, nessa omissão é que se verificariam os danos sociais (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

Deste modo, a primazia do Executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado Social (VIANNA et al., 1999, p. 20). O Executivo passa a fazer uso do direito como um dos seus principais recursos de comunicação. Razão pela qual, a repartição dos poderes, nos moldes como fora concebida, entra em crise⁵. Esse uso se observa, pois ao selecionar o tipo de política pública a ser introduzida na agenda, bem como ao dar publicidade às suas decisões vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, reiteradamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. Assim, a linguagem e o procedimento do direito — por serem dominantes nessa forma de Estado — “[...] mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.” (VIANNA et al., 1999, p. 20).

Ademais desse uso dos códigos do direito para as matérias políticas, há de se assinalar que essa legislação social possuía caráter mais principiológico, aberto, destinada a transformação do presente e formação do futuro. Deste modo, em razão desse caráter de indeterminação, também há repercussão na relação entre os três poderes, haja vista que a lei originária do Legislativo, passou a exigir o acabamento do Judiciário, quando este, ao ser

⁵ Nesse sentido, aduz Werneck Vianna que “[...] no *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se autoprograma, **apropriando-se da iniciativa das leis**, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica dos seus quadros em atuar sobre ela.” (VIANNA et al., 1999, p. 20, grifo nosso).

provocado pelas instituições e sociedade civil, era impelido a estabelecer o sentido ou completar o significado de uma legislação (VIANNA et al., 1999, p. 20). Nessa esteira, aduz Mauro Cappelletti (1993, p. 41) que:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade da atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade jurisdicional haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa de acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.

Complementa este cenário de acomodação da teoria dos três poderes, com uma maior participação do Poder Judiciário, o modelo trazido pelo constitucionalismo pós-segunda guerra, que positiva com status constitucional, direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, incluindo o Judiciário no espaço da política (VIANNA et al., 1999, p. 22).

O conjunto das profundas transformações do mundo real impôs, portanto, uma distribuição das responsabilidades promocionais do Estado por todos os poderes. Desta feita, o Judiciário não pôde mais se manter na sua tradicional postura de simplesmente ignorar as alterações — as funções Legislativa e Executiva já haviam se agigantado (CAPPELLETTI, 1993, p. 46). Assim, foi obrigado a confrontar sua quota-parte da responsabilidade política. A simbiose entre a neutralização política e a independência dos tribunais ficava afetada (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 13). Abriram-se, ao Judiciário, duas possibilidades: ou deliberadamente permaneceria fiel a concepção tradicional do século XIX; ou, se elevaria ao nível dos outros poderes controlando o legislador e administrador (CAPPELLETTI, 1993, p. 47).

Na primeira perspectiva, aceitando a tradicional neutralização política preservaria o mesmo padrão de desempenho clássico, nas funções protetoras e repressivas, em litigações de caráter privatístico, sem que envolvam as novas tarefas promocionais. Nesse âmbito os tribunais continuariam a ver reconhecida pelos outros poderes a sua independência, mas, sob o risco de se tornarem socialmente irrelevantes (e de com isso serem vistos pelos cidadãos,

como estando, na realidade, na dependência do Executivo e do Legislativo) (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 13).⁶

Na segunda alternativa, aceitando sua quota de responsabilidade política na atuação promocional do Estado, saindo da seara dos conflitos privados, passariam a ser controladores e fiscalizadores dos poderes políticos e, através de uma maior vinculação do direito ordinário à Constituição, garantiriam uma tutela mais eficaz da cidadania. De certo, correriam o risco de entrar em competição com os outros poderes e de começar a sofrer pressões de controle externo⁷ (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 14).

Não é difícil se inferir que o Judiciário e os Tribunais só foram ter algum protagonismo a partir do momento que optaram pela segunda alternativa. Do mesmo modo, verifica-se que só nessa hipótese é que sua independência se tornou uma importante questão política. Múltiplas razões podem ser atribuídas pela tomada de um ou outro caminho, Cappelletti (1993, p. 47, 49), contudo, traça uma interessante divisão com base na diferente filiação às famílias do direito a que o Estado (central na economia capitalista) pertencia. Assim, inicialmente o que se verificou foi que os Estados da Europa continental — de tradição romano-germânica — tomaram o primeiro caminho e os Estados de *common law*, especialmente os Estados Unidos, enviesaram pela segunda alternativa.

2.1.2.1 O estabelecimento das Cortes Constitucionais

No âmbito continental europeu as novas funções judiciais só foram assumidas a partir da Segunda Guerra Mundial. Assim, os fenômenos encontram-se intimamente vinculados. É dizer: após a queda dos regimes totalitários, os Estados europeus sentiram a necessidade de alterar não só o rosto, mas todo o conteúdo do sistema político precedente, onde se situam as modificações no Judiciário, projetando novas expectativas sobre tal função, no sentido de que exercesse o controle dos demais poderes políticos.

Salienta Eugenio Raúl Zaffaroni que os políticos da reconstrução europeia preocupavam-se com a temática do Judiciário, haja vista que, muitos deles já haviam observado os problemas que a indiferença das burocracias judiciárias e de sua adesão ao

⁶ Ainda alerta Mauro Cappelletti que a não assunção de seu papel, faz com que passem a ser criados outros organismos de natureza quase-judiciária, investidos das tarefas não exercidas pelo Judiciário, justamente o controle dos poderes políticos e a proteção do cidadão e da sociedade em geral dos abusos destes poderes. O autor traz como exemplos as agências, os conselhos, tribunais administrativos, ombudsmen, árbitros e conciliadores (CAPPELLETTI, 1993, p. 47).

⁷ Essas formas de controle externo eram exercidas por uma das três vias: nomeação dos juízes para os tribunais superiores, controle dos órgãos do poder judicial, gestão orçamental (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 14).

autoritarismo e totalitarismo ocasionava. Perceberam que a solução não passava por uma mera questão de pessoas, mas sim de uma profunda transformação das estruturas Judiciárias (ZAFFARONI, 1995, p. 167). Portanto, as alterações que se efetuaram após a Segunda Guerra, buscaram adaptar as estruturas do Judiciário às novas funções que lhe eram impostas no Estado Social, dada a incapacidade do modelo anterior em acompanhar o crescimento dos outros poderes e a eles fazer frente. Nesse sentido é que entende Zaffaroni que “[o] sinal impulsionador da democratização dos judiciários, a partir do pós-guerra, não é seu fracasso técnico, mas seu formidável fracasso político.” (ZAFFARONI, 1995, p. 166).

A conjuntura que se apresentava, portanto, era da necessidade de reestruturação do Poder Judiciário. Havia uma impossibilidade da adoção dos modelos judiciários das potências vencedoras, de modo que as novas estruturas foram gestadas das bases da Europa continental⁸. Defrontavam-se com magistraturas hierarquizadas, que precisavam ser horizontalizadas e, ademais, com cúpulas que concentravam um poder excessivo (interpretação da lei em última instância e órgãos de governo⁹ do Judiciário) e eliminavam a independência interna. Daí se efetivarem no pós-guerra não apenas os tribunais constitucionais¹⁰, mas também os conselhos da magistratura, os primeiros como tribunais com competência constitucional concentrada e poder de nomeação disperso e os segundos como órgãos de governo dos poderes judiciários (ZAFFARONI, 1995, p. 67).

Ademais, é importante lembrar que com o cataclismo dos regimes nazista e fascista, as teorias fundadas sobre a infalibilidade da lei, no papel do parlamento como protetor natural das liberdades e na assimilação da vontade da maioria à vontade geral, não mais se

⁸ Sobre o assunto esclarece Raul Zaffaroni: “Descartado o [modelo] da URSS — por razões óbvias — os europeus continentais não podiam incorporar a estrutura judiciária britânica, que corresponde ao resultado de uma dinâmica política completamente original e alheia à tradição jurídica continental, sem contar com que nem o sistema soviético nem o inglês conheciam o controle constitucional. O modelo restante era o norte-americano, que uma década antes havia causado grandes problemas a Roosevelt, e uma magistratura estadual parcialmente eleita, mas igualmente disputada entre os partidos de um sistema político bipolar. A tendência francesa de criar ‘conselhos’, o ente consultivo italiano quase cancelado pelo fascismo e controle constitucional austríaco frustrado na entreguerra, foram os antecedentes imediatos da própria colheita que os europeus puseram em jogo para a nova estrutura judiciária. De maneira diversa, adotaram-se e combinaram-se nos diversos países e, pois, com resultados díspares, mas sempre superadores da prostração burocrática de entreguerras.” (ZAFFARONI, 1995, p. 167).

⁹ Antônio Sérgio Escrivão Filho informa acerca da função de governo do Judiciário: “Em termos concretos, as atividades de governo do judiciário consistem em identificar problemas estruturais da prestação jurisdicional, e apontar fórmulas e medidas para solucioná-los. Para isso, dispõe do poder de instrução normativa, de caráter administrativo, para regulamentar procedimentos, determinar ou propor, suggestionar ou indicar medidas a serem adotadas pelos agentes sob o seu comando, [...] e da regulamentação dos processos de seleção, formação e promoção dos magistrados.” (ESCRIVÃO FILHO, 2010, p. 5).

¹⁰ Não se olvida que os Tribunais Constitucionais tenham surgido a partir das ideias de Hans Kelsen e que teve seu primeiro aparecimento na Áustria em 1920, por previsão de sua Constituição. Todavia, se fala em efetivação desses tribunais após a Segunda Guerra, pois foi nesse momento que esse modelo de Corte Constitucional se aperfeiçoou e expandiu.

sustentavam. Assim, no momento de reconstruir a democracia, os políticos, os juristas e os dirigentes se preocuparam em criar instituições capazes de impedir o regresso aos regimes totalitários (ROUSSEAU, D., 2002, p. 15). Nesse esteio, as constituições modernas buscaram deslindar estes problemas.

O mecanismo encontrado no constitucionalismo moderno (sobretudo, nesse momento do pós-guerra) consistiu em apor limites substantivos e procedimentais ao processo de normogênese legislativa. Significa dizer que alguns temas foram retirados da deliberação majoritária; outros, por sua vez, para que pudessem ser deliberados, necessitavam passar por um procedimento especial (mais rigoroso)¹¹; além do que, se condicionou a validade das normas ao respeito a esses valores substantivos (DUARTE NETO, 2010, p. 129; VIANNA et al., 1999, p. 21-22).

Deste modo, buscava-se articular o regime político através de um equilíbrio entre o ideal democrático (com a consequente capacidade de autogoverno de um povo) e o estabelecimento de limites, de um núcleo duro imutável, contramajoritário, que protegesse os direitos fundamentais das maiorias (MAGALHÃES, 2012a, p. 50). Por essa razão, diz José Duarte Neto que, uma das características das constituições rígidas (típicas desse período) é a sua imutabilidade relativa “[...] conceito para o qual convergem ideias antitéticas. De um lado, a concepção de mudança, modificação, e sobretudo adaptação constitucional a uma realidade política, econômica e social cambiante, de outro lado, a noção de entraves, impedimentos, limites à mesma mudança.” (DUARTE NETO, 2010, p. 135). Assim, a democracia constitucional que se buscava instituir era erigida sobre as ideias de transformação com segurança, mudança com permanência (MAGALHÃES, 2012a, p. 49).

Esta forma de estruturação estatal buscava, portanto, domesticar os arroubos majoritários, refreando-os e condicionando todo o direito positivo ao respeito aos direitos fundamentais. Isto através de uma construção jurídico-normativa em que o conteúdo constitucional passa a figurar no topo da estrutura normativa, sendo reforçado pela existência de um texto escrito sistematizado e por um procedimento especial e dificultoso de reforma.

Desse modo, se a imposição de um conteúdo material já tolhe o legislador em seu exercício normativo, a previsão de um texto escrito e de um procedimento dificultosos de reforma reforça e instrumentaliza essa limitação. “Enquanto a supremacia material confere somente um respeito político, a supremacia formal firma um compromisso dos legisladores a

¹¹Trata-se da ideia de rigidez constitucional: “A Rigidez constitucional advém da previsão de um processo especial e dificultoso de reforma, e também, da positivação de princípios materiais intangíveis.” (DUARTE NETO, 2010, p. 128).

uma obediência jurídica. Mais do que isso, a forma sustenta o conteúdo.” (DUARTE NETO, 2010, p. 132).

Todavia, para que se sustentasse este modelo institucional, restava necessário a elaboração de meios capazes de tornar efetivo o respeito à supremacia da constituição e os limites por ela impostos. Isso porque “[e]stabelecer uma Constituição e pretender que a sua supremacia fique entregue àqueles que precisamente são os mais tentados a violá-la, não passa de deixar a Constituição entregue a um autocontrole, que, definitivamente, nada mais é do que um ato de boa vontade.” (ZAFFARONI, 1995, p. 38). Nesta busca, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se impôs rapidamente como veículo apto a assegurar os direitos das minorias, a evitar a opressão de uma maioria política e a impedir que o legislador atentasse contra os direitos fundamentais (ROUSSEAU, D., 2002, p. 15).

A questão então será de compreender como o controle de constitucionalidade, realizado pelo Judiciário, se consolidou nas democracias ocidentais. Isso porque, o exercício desse controle está diretamente ligado a assunção pelo Judiciário de funções políticas, assumindo — no rastro do que já haviam feito Legislativo e Executivo — o desempenho de novas tarefas dentro do Estado. Ademais, também fornece importantes substratos para compreensão dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização.

2.1.2.2 Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade possuiu desenvolvimentos diferentes nos Estados Unidos e na Europa continental. Os motivos para essa evolução ter ocorrido, em modo e em tempos distintos, podem ser lidos a partir das perspectivas que uma e outra tradição deram às suas Constituições. Assim, seria de se esperar que o controle de constitucionalidade se desenvolvesse a partir do momento em que se atribuísse à Constituição força normativa e se reconhecesse sua supremacia.

Inicialmente cabe lembrar que no continente europeu, quando das revoluções liberais do século XVIII, o parlamento se firmou como instrumento de resistência da burguesia em face do monarca. Era o órgão de representação da nação e do povo, assim, exteriorizava a vontade geral. Nesse contexto, as ideias de supremacia da lei e do Parlamento foram enfatizadas e se deixou ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante (DUARTE, 2010, p. 184-185; BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 215). O Parlamento não se submetia à Constituição, isso porque, sendo a “legítima voz da população”, cada novo estatuto normativo promulgado, entendia-se que tinha dado vazão a uma “nova” vontade do

povo. Ademais, o Judiciário, como já se pontuou anteriormente, sempre foi visto como a *longa manus* do poder monárquico, de modo que, após a sua ascensão ao Poder, a burguesia não tinha intenção de conferir nenhum tipo de poder aos magistrados.

Destarte, não havia como florescer no contexto europeu um controle de constitucionalidade. Todavia, nos Estados Unidos da América o processo se deu de modo diverso. A disputa política não se deu em oposição ao Poder Executivo, e sim em relação ao Poder Legislativo. É de se lembrar que os estados americanos se afiguravam como colônias da Inglaterra, e esta era responsável por estabelecer as leis que regeriam tais colônias. A insatisfação que desencadeou o movimento de independência foi justamente o aumento na tributação que o parlamento inglês desejava instaurar.

Assim, o Poder Legislativo foi percebido como aquele que tentava se expandir sobre a liberdade individual. Por isso, no constitucionalismo americano houve uma maior preocupação em se elaborar técnicas de contenção desse Poder (DUARTE NETO, 2010, p. 185). Ademais, como pontua José Duarte Neto (2010, p. 62), existem outros dois pontos a serem levados em consideração da realidade estadunidense: a) o primeiro foi a compreensão de um momento fundacional de difícil reprodução e de indiscutível superioridade quando contrastado com a dinâmica rotineira dos poderes constituídos; b) O segundo foi uma visão peculiar da separação de poderes (*checks and balances*). Em virtude dessas circunstâncias, é que nos Estados Unidos, a Constituição emergiu como um valor jurídico único, capaz de estabelecer limites aos poderes do Estado. E, para tanto, fixou-se sua supremacia sobre as leis (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 225).

Nesse ensejo, foi possível nos EUA, criar as condições para que os juízes exercessem a função de controlar a legitimidade constitucional das leis. Esta fiscalização de adequação normativa se instaurou com o *leading case Marbury vs. Madison*, em 1803¹², no qual a

¹²Acerca do caso descreve José Duarte Neto (2010, p. 180): “A controvérsia nasceu de uma sucessão presidencial. Eleito Thomas Jefferson Presidente dos Estados Unidos, seu antecessor John Adams — de partido opositor, nos meses que antecederam a transferência do cargo — nomeou John Marshall *Chief of Justice* da Suprema Corte, e James Marbury para o cargo de *Justice of Peace* do distrito de Columbia. Aprovadas as nomeações pelo Senado, o secretário de Estado do novo presidente, Madison, recusou-se a enviar a Marbury seu ato de investidura, o que lhe impediu de assumir o cargo. Postergado em seu direito, James Marbury impetrou um *writ de mandamus* junto a Suprema Corte, exigindo que lhe fosse comunicada a nomeação. A ação foi ajuizada com fulcro em uma lei federal de 1789, *Judiciary Act*, que outorgava competência àquela Corte para conceder a ordem. O Chief of Justice, John Marshall — em acórdão memorável, que justifica o respeito que goza o Poder Judiciário americano, mais propriamente seu mais alto Tribunal — decidiu que a nomeação de Marbury tinha se dado ao amparo da Constituição, que por isso tinha direito à ordem pleiteada, não assistindo ao Presidente da República ou a seu Secretário negar-lhe a investidura. No entanto, indeferiu o writ, sob o argumento de que aquele Tribunal não dispunha de competência originária para conhecer da ação. Dispunha somente de competência recursal. O Judiciary Act que ampliava a competência da Suprema Corte ofendia a Constituição. Decidindo, com lógica invejável, traçou os contornos do controle jurisdicional de Constitucionalidade, marca indelével do direito americano.”

Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Não havia previsão constitucional explícita que lhe outorgasse tal competência. A Corte, no julgamento do caso, buscou demonstrar que esta atribuição decorreria logicamente do sistema. Para tanto se valeu de três fundamentos que se tornaram fulcrais para o controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão: o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.” (BARROSO, 2008, p. 275-276).

Ora, a tese parte da ideia de que a função precípua de interpretar as normas pertence ao Judiciário, tanto que na hipótese de conflito de leis cabe ao juiz, com base na técnica preestabelecida, determinar qual diploma legal deverá reger a situação levada a seu apreço. Assim, sendo a Constituição uma espécie de norma, também caberia a esse órgão determinar quando seria aplicada. Todavia, por ser a Carta Maior, a lei fundamental de conteúdo vinculante, todas as demais normas do sistema a ela devem se submeter. Assim, por conseguinte, cumpriria ao Judiciário a determinação de quando uma lei não se coaduna com a Constituição, declarando sua invalidade.

Nota-se que as teses veiculadas em última análise davam poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos de governo e redefiniam o espaço de atuação do “Terceiro Poder”. Aliás, nesse ponto, salienta-se também a sagacidade política da decisão que ampliou a competência do Judiciário, sem entrar em conflito com os outros poderes. Uma vez que nada foi ordenado ao Executivo no caso concreto, pelo contrário, foi a vontade desse poder que prevaleceu, não havia motivo para descumprir ou desafiar a decisão da Corte. Contudo, havia se estabelecido o precedente para que o Judiciário exercesse o *judicial review* (BARROSO, 2008, p. 276).

José Duarte Neto (2010, p. 180) pondera ainda a respeito que a decisão mais do que criar as bases do controle de constitucionalidade americano também definiu o seu regime, ou seja, de que quando um juiz se deparar com uma colisão entre a norma legal e a constitucional, deverá resolver a questão pelos ditames da última, por ser o fundamento da ordem jurídica.

Luís Roberto Barroso (2008, p. 274) observa então que o constitucionalismo americano se estruturou sobre a centralidade da Constituição, a constitucionalização dos direitos fundamentais, a submissão de todo o ordenamento jurídico aos princípios constitucionais e a primazia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. Ora, a importância dessa anotação histórica, nesse momento da discussão empreendida, se deve ao fato de que o modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, seguiu em linhas gerais — conquanto haja adaptações conforme as peculiaridades de cada Estado — este padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos: (i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) proteção dos direitos fundamentais. Daí falar o autor em *americanização do direito constitucional* (BARROSO, 2008, p. 259).

Desta feita, numa discussão a respeito do Poder Judiciário, a configuração desse modelo americano constitui etapa importante para situar o debate, pois essas diretrizes exerceram influência no modelo europeu de controle de constitucionalidade. Aliás, a configuração do arquétipo que se desenvolveu na Europa continental também é digno de algumas anotações.

Mauro Cappelletti (1984, p. 75) pontua que a despeito da linearidade, coerência e simplicidade que o raciocínio de Marshall esboçava, o modelo que se desenvolveu na Europa, a partir de Hans Kelsen e da Constituição austríaca de 1920-1929, seguiu outra linha, adotando o modelo de controle concentrado, no qual apenas um órgão é responsável pelo controle de adequação normativa, diferindo, portanto, dos EUA em que todos os juízes podem exercer tal controle.

Aliás, o referido autor informa que o raciocínio do *Chief of Justice* apenas aparentava uma simplicidade, pois não se tratava de mera não aplicação da lei feita por um juiz num dado caso concreto. Uma vez que o instrumento do *stare decisis*¹³ fazia com que a “mera não

¹³ A respeito do *stare decisis* é importante pontuar que uma decisão judicial no sistema do *common Law* além de resolver a lide concreta também desempenha a função de formar um precedente. Isto é a decisão (ou o conjunto de decisões) tomada(s) por um órgão coletivo de segundo grau passa a obrigar sempre o mesmo tribunal e os juízes que lhe são subordinados. Assim, “[...] diante de um precedente, os órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional se comportam como o fazem os magistrados nos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou da lei: primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento, pois podem entender que a norma dele inferida não é aplicável à controvérsia atual, em razão de diferenças relevantes no respectivo material fático [...]; em segundo lugar, procede-se ao refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ele acoplada ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, do precedente [...]; finalmente, na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso sub judice, o juiz ou o tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common law*, no raciocínio analógico ou na equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de *civil law*, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adotada por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo.” (RAMOS, 2010, p. 79).

aplicação”, se convolasse em uma verdadeira eliminação final e definitiva da norma, visto que vinculava as futuras aplicações da norma a observarem o julgamento feito pelo Tribunal. Assim, o que acontecia quando, por exemplo, a Suprema Corte julgava determinada matéria inconstitucional é que ocorria uma verdadeira eliminação final e definitiva da norma, válida para quaisquer outros casos, tornando-se uma verdadeira anulação da lei (CAPPELLETTI, 1984, p. 82). A função, por essa razão, não se assumia como um típico exercício jurisdicional, mesmo que o “procedimento” da jurisdição tivesse sido adotado e com os seus respectivos corolários (*Due Process of Law*). A atividade empreendida aproximava-se daquela exercida pelo legislador e, daí, a sugestiva expressão de “legislador negativo”.

Em virtude dessa peculiaridade do sistema *common Law* — não vislumbrada nos sistemas romano-germânicos — é que os países da Europa continental, para obterem os mesmo resultados com o controle de constitucionalidade, tiveram que operar com instrumentos jurídicos diferentes dos americanos¹⁴. Tornava-se necessário encontrar um órgão do Estado que pudesse desempenhar a mesma função da Suprema Corte americana, isto é, decidir sobre o controle de constitucionalidade de leis, com eficácia *erga omnes* e, com isto, evitar o perigo de repetição de conflitos e incerteza com relação ao direito (CAPPELLETTI, 1984, p. 82-83).

Neste ponto então, é que vão surgir as cortes constitucionais no pós Segunda Guerra europeu, como se ponderou anteriormente com Raul Zaffaroni (1995 p. 167) e Dominique Rousseau (2002, p. 15). A esse respeito, com Mauro Cappelletti (1984, p. 89, grifo do autor) ainda é importante pontuar como a aplicação da lei nessa esfera se dá de modo distinto:

As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a *dizer estaticamente o que é o direito*, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, *diretrizes e programas dinâmicos de ação futura*. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, *as rationes, os Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos [...] *sobretudo em uma polêmica contra o passado e um programa de reformas em direção ao futuro*.

O autor ainda informa que, nessa seara, a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, como já se disse, possui um acentuado grau de discricionariedade, aproximando-se muitas vezes da atividade legislativa.

¹⁴ A adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade em países nos quais não existem precedentes vinculativos acarreta a repetição de demandas iguais ofertando riscos à segurança jurídica. A esse respeito quando se abordar a instauração do controle de constitucionalidade no Brasil far-se-á menção a esse problema, isto porque, esta repetição de demandas se observou no contexto brasileiro (item 2.2.4.1 A instauração dos controles de constitucionalidade).

Assim, em virtude dessas características o autor adverte que os ‘juízes de carreira’ não estão preparados, pela sua formação, para o desempenho dessa função (CAPPELLETTI, 1984, p. 83-84). Raul Zaffaroni (1995 p. 67) dialogando com o italiano pondera que:

A nosso juízo, este argumento encerra uma parcela de verdade, ainda que insuficiente. É verdade que no pós-guerra as magistraturas europeias dispunham das estruturas bonapartistas [...] que as incapacitava de cumprirem eficazmente o controle constitucional, mas pensamos que isto é apenas um dado conjuntural, que bem pode contribuir para determinar a criação dos tribunais com competência constitucional concentrada e diversificado poder de nomeação, mas, afora de que esta circunstância é superável através de uma outra formação da magistratura, quer dizer, democratizando-a, horizontalizando-a e desburocratizando-a, quanto a formas de governo e a novas seleções (como as adotadas na própria Itália, por exemplo), parece-nos que Cappelletti não considera suficientemente que estes tribunais correspondem a uma experiência histórica bem aproveitada e compreendida pelos europeus e, por outro, lado a uma necessidade institucional vinculada à própria estrutura judiciária.

De todo modo, a despeito da melhor forma de composição dos membros das cortes constitucionais, o importante de se verificar com Mauro Cappelletti é que estes tribunais mais do que atuarem numa dimensão judicial, em suas funções exercem tarefas de coloração política, comportando uma ativa e criativa intervenção das Cortes — investidas nessas funções de controle — na dialética das forças políticas do Estado (CAPPELLETTI, 1984, p. 114).

Aliás, nesse sentido é oportuna a análise de Javier Pérez Royo (2007, p. 795-798) que pondera que os Tribunais Constitucionais seriam atipicidades, singularidades históricas (no sentido de que fogem da tradicional separação dos poderes), que se instauraram na Europa continental para auxiliar o processo de transição para a democracia. Por essa razão é que esses tribunais não se instalaram em todos os países europeus, mas, tão somente, naqueles que tiveram excepcional “[...]dificuldade de transitar do Estado Liberal do século XIX ao Estado Democrático do século XX: Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha.”¹⁵ (ROYO, 2007, p. 796). Prossegue o autor dizendo que essa instituição no curso histórico foi se convertendo

¹⁵ O autor então observa que o modelo de justiça constitucional europeu é uma especialidade de países com dois traços em comum: a) em todos eles, a Monarquia, por não ter se transformado em Monarquia Parlamentarista no século XIX, seguiu ocupando um papel importante no processo político e b) em todos, viu-se a destruição do regime constitucional no período entreguerras em consequência da crise deixada pela Primeira Guerra e das dificuldades de transição do Estado Liberal para o Democrático. Os que permitiram um regime parlamentarista foram capazes de operar a transição para a democracia; enquanto os que não o aceitaram tiveram que superar experiências ditatoriais traumáticas (ROYO, 2007, p. 796; FERNANDES, 2010, p. 97-98). Desse modo, os Tribunais Constitucionais foram resultado de uma dupla anomalia histórica “[...] de uma excepcional resistência do Antigo Regime a sua parlamentarização no século XIX e de uma excepcional resistência do Estado Liberal a sua democratização no século XX.” (ROYO, 2007, p. 797-798). Diferente ocorreu nos Estados Unidos, na Inglaterra e monarquias parlamentaristas, pois o poder político não impediu a transição para um Estado Democrático, a partir do funcionamento da tripartição dos poderes se alcançou tal intento (ROYO, 2007, p. 798; FERNANDES, 2010, p. 98).

em um órgão cada vez mais importante no Estado Democrático, sendo que nos países em que foi criada a democracia e as cortes constitucionais caminharam juntas, alimentando-se uma à outra (ROYO, 2007, p. 796).

Portanto, após essas anotações do processo histórico em que se instaurou o controle de constitucionalidade, o que se pode perceber é que houve uma reconfiguração do papel que o Poder Judiciário desempenhava no Estado. Assim, ao assumir essa função de controlar a adequação dos atos legislativos reforçou ainda mais o deslocamento de questões políticas para a esfera judicial, incluindo-o definitivamente nessa seara.

Em resumo de tudo quanto foi dito sobre o Estado Social e as funções alocadas no Judiciário, pode se dizer que por um lado, houve o deslocamento das matérias de competência política para a competência jurídica; transferindo-se parte de uma competência desempenhada no âmbito do Executivo para o Judiciário; por outro lado, igualmente alocou-se nessa função de Estado, o exercício da guarda dos princípios fundamentais do Estado, impondo limites ao Poder Legislativo. Todavia, como a estrutura judicial calcada nos moldes do Estado Liberal se mostrava inadequada para receber essas demandas, emergiram esses novos órgãos institucionais.

Werneck Vianna consegue tratar de modo esquemático todo esse articulado conjunto de processos que se observou no Estado Social, ponderando que:

Assim, a democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-facismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas por princípios da positivação de direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. (VIANNA et al., 1999, p. 22).

Conquanto a análise desses fenômenos seja necessária para uma melhor compreensão dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização nas sociedades contemporâneas, não tem o condão explicá-los satisfatoriamente. Daí que se faz necessário avançar na análise das inter-relações entre os modelos de Estado e as funções desempenhadas pelo Judiciário, uma vez que no curso do modelo de Estado Pós-Providência foram empreendidas importantes mudanças estruturais tanto na sociedade quanto no próprio Estado, com reflexos no sistema judicial.

2.1.3 Poder Judiciário e o desmonte do Estado Social

O conjunto de alterações no sistema econômico mundial e no processo produtivo que se operou a partir dos anos 70 ensejou o desmonte do modelo de Estado Social¹⁶. Nesse contexto merece destaque o processo de globalização econômica¹⁷ em que emergem novos centros decisórios (grandes conglomerados e empresas transnacionais) que possuem mecanismo próprios para a deliberação de seus investimentos e determinam a alocação dos fluxos de capital sem que os Estado-nacionais tenham como controlar as áreas prioritárias. Isto ensejou uma erosão da soberania dos Estados, que veem a sua capacidade decisória reduzida. Assim, a partir dos anos 80, os Estados se veem coagidos pela competição global a uma gestão macroeconômica crescentemente homogênea, perdendo a autonomia para formular políticas setoriais e sociais próprias (FARIA, 2004a, p. 107-108). Daí se dizer que passa a haver uma preponderância do econômico sobre o político.

A redução da capacidade interventiva estatal faz o modelo de Estado Providência entrar em crise. Uma vez que esse sistema político não conseguia mais manter o nível de despesas com os programas de bem-estar social, equacionar a crise fiscal que se instaurara e satisfazer as reivindicações contraditórias dos diversos grupos e classes sociais (FARIA, 2004a, p. 121). A elaboração teórica e a instrumentalização ideológica que se fez dessa crise passou a sustentar que deveria haver uma readaptação do Estado, com o escopo de torná-lo mais dinâmico e adequado às novas conjunturas econômicas. Surge, assim, o ideário *Neoliberal*¹⁸, que se opõe a uma regulamentação da política, propalando que um mercado autorregulador e os efeitos mecânicos dos comportamentos mercantis dos indivíduos atomizados e concorrenciais garantiriam uma melhor ordem social (THÉRET, 1993, online). Dessa forma, ao fim dos anos 80, o neoliberalismo consolida-se como marco regulatório por atender demandas (acumulação e estabilidade) e solver crises do sistema capitalista.

¹⁶Na falta de uma designação consolidada para o período hodierno aqui ele será tratado pelos termos de Pós-Estado-Social, Pós-Estado-Providência ou outras designações pautadas nessa ideia de que se trata de um novo arranjo que se estrutura após o modelo de Estado Social e que dele se diferencia.

¹⁷José Eduardo Faria (2004a, p. 59) destaca que a globalização tem como marca a desregulamentação de mercados, a “financeirização” do capital, extinção dos monopólios estatais, privatização de empresas públicas, desterritorialização da produção, a conversão da ciência e da tecnologia em fator básico de produção e o desenvolvimento de uma nova divisão social do trabalho.

¹⁸Agostinho Ramalho Marques Neto (2012, online) informa a doutrina liberal se baseava em um tripé, liberdade econômica, igualdade jurídico-formal e fraternidade (entendida enquanto os laços de solidariedade necessários à própria manutenção da ordem social). O ideário neoliberal modifica um pouco esses ideais, assentando-se sobre outros três pilares: desigualdade, competição e eficiência. A competição exerce papel central, é o próprio motor da economia de mercado. A desigualdade encadeada à eficiência tornam-se os pressupostos da ordem econômica neoliberal. A desigualdade estimula a competição, assim, a exclusão social é necessária à manutenção da estrutura. Por sua vez, a eficiência está a serviço da competição: quanto mais eficientes forem os agentes mais efetiva será a competição, tornando o sistema mais operativo.

Constituiu-se em verdadeiro ideário a direcionar a atuação do Estado e das políticas públicas às estratégias do campo econômico (privatização, descentralização, desregulamentação) (PRADO, 2013, p. 27; THÉRET, 1993, online).

Também merece destaque na análise a maior complexidade em que se revestem as sociedades hodiernas, em alguma medida, reflexo das modificações ocorridas no cenário econômico. Isso porque que a nova divisão social do trabalho e a revolução tecnológica-informática diversificaram a infraestrutura econômica originando numerosos postos na cadeia produtiva, da qual exurgem atores sociais diversos, com interesses distintos, muitas vezes antagônicos entre si (AGRA, 2005, p. 77-78; FARIA, 2004a, p.78-79).

Estas alterações da conjuntura socioeconômica fizeram com que o Estado tivesse que buscar adaptar a ordem normativa com o fito de que esta ainda conseguisse conformar a realidade fática dentro de suas estruturas de direito positivo. Ao realizar essa tarefa verifica-se que se acentuou um processo que já vinha se delineando desde o Estado Social: o da maior participação do Judiciário nos conflitos sociais e políticos.

Assim, no que tange àquele período, já se explicitou que o uso dos códigos do direito para conformar as matérias política tinha conferido um caráter mais aberto e principiológico às leis, de modo que o acabamento da norma era dado no caso concreto pelo Judiciário. No período Pós-Estado-Providência, se verifica que as interações se tornaram cada vez mais complexas em decorrência da pluralidade de grupos sociais e da velocidade com que as relações são modificadas. Desse modo a concepção de direito formal, baseado na sua positivação e no formalismo não conseguia mais conformar todas as situações dentro da esfera jurídica (AGRA, 2005, p. 72). Assim, na busca de acomodar a facticidade dentro da normatividade se observa a ocorrência de três fenômenos: *hipertrofia legislativa, maior variabilidade das normas e redução do conteúdo normativo das leis*. Na locução articuladora de José Eduardo Faria trata-se da chamada *inflação legislativa* (FARIA, 2004a, p, 129).

Primeiramente, quanto à *hipertrofia legislativa* há que se dizer que em virtude da diferenciação e fragmentação social, somadas às múltiplas tarefas desempenhadas pelo Estado, fez surgir uma pluralidade de pretensões materiais. Quando o Estado busca albergá-las dentro dos quadros legais desencadeia um crescimento desordenado do sistema normativo, esvaziando a própria função de suas regras (FARIA, 1995, p. 34; 2004a, p.128). Porquanto vai tornando as próprias normas colidentes entre si, perdendo toda a coerência do sistema.

A ideia de maior *variabilidade das normas* resulta de que a velocidade das alterações imprimidas em razão das inovações tecnológicas e as constantes mudanças na infraestrutura produtiva tornam a dinâmica das relações sociais mais volátil, impondo continuamente

situações inéditas que precisam ser regulamentadas. Significa dizer que a realidade conjuntural impõe uma contínua mutação normativa ao Legislador.

Todavia, como a capacidade do Estado em legislar sempre será mais lenta que a velocidade da evolução fática, passou-se a elaborar normas com conteúdos cada vez mais flexíveis, porosos, tópicos e indeterminados; valendo-se de cláusulas gerais, normas programáticas e conceitos jurídicos indeterminados (FARIA, 2004a, p. 131-132). Isto porque assim se alcançaria uma maior capacidade de adaptação das estruturas normativas às modificações sociais, permitindo um mínimo de estabilidade para que as normas não precisem ser modificadas constantemente (AGRA, 2005, p. 79). Portanto, paradoxalmente, conquanto os atos legislativos se multipliquem, observa-se uma *redução de seu conteúdo normativo*.

O resultado de todo esse processo de *inflação legislativa* é a perda da organicidade e coerência do ordenamento jurídico. O maior regramento da matéria fica deslocado para um momento posterior. O que pode ocorrer tanto com o uso de remissão a atos normativos secundários que disciplinarão efetivamente o assunto; como também — e, principalmente — com o fechamento do conteúdo normativo e individualização do direito no caso concreto, no momento da aplicação da norma. Está é a razão pela qual ganha especial importância a função judicial do Estado nesse contexto (AGRA, 2005, p. 79). Nesse sentido, José Eduardo Faria pondera que:

É por esse motivo que um ordenamento jurídico minado pela inflação pela variabilidade e pela volatilidade de seus dispositivos normativos amplia significativamente o espaço da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, social e econômica. Isto porque, como não oferece aos operadores as condições para que possam extrair de suas múltiplas normas critérios constantes e precisos de leitura e interpretação, esse ordenamento acaba exigindo um trabalho interpretativo contínuo, uma vez que essas normas só podem ter seu sentido definido, basicamente, no momento de sua aplicação. Sem condições de exercer seu papel de executor de operações previamente definidas de modo claro e unívoco pelo legislador, o Judiciário acaba, portanto, sendo levado a substituir seu caráter de instituição passiva pelo de instituição ativa. [...] [Há um] alargamento da discricionariedade e das próprias esferas de ação pública do Judiciário sobre as esferas do Legislativo e as do Executivo, propiciado pelo aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à magistratura por leis assimétricas como essas. (FARIA, 2004a, p. 129).

Sobre este ponto de vista, é possível se afirmar que o fenômeno de maior discricionariedade facultada ao Judiciário é estrutural nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, dada a impossibilidade de que o legislador consiga conformar todos os diferentes interesses e as inéditas situações na lei. A delegação para o magistrado tornou-se o meio de se manter a lógica operacional do sistema em funcionamento. Aliás, pode se falar

mesmo que o Poder Legislativo não possui mais condições de manter seu papel de núcleo preponderante da produção normativa. Assim, delegou parte dessa produção para outros órgãos (AGRA, 2005, p. 80), como os Poderes Executivo (CAPPELLETTI, 1993, p. 43) e Judiciário.

Ademais, há que se pontuar que na conjuntura hodierna existem fatores que amplificam o espaço para atuação judicial. Ora, no Estado Providência a conformação de matérias políticas no arcabouço jurídico (sobretudo quando possuíam status constitucional) já possibilitava, em tese, que ao serem violados — isto é, se deixasse de realizar as prestações públicas — esses direitos fossem requeridos sob a forma de ação judicial. Tornavam-se, portanto, judicializáveis. Ocorre que naquele arquétipo estatal os programas sociais eram adimplidos pelo Executivo.

O fator que tem propulsionado a maior participação do Judiciário é que as mudanças políticas de matriz neoliberal nas diretrizes do Estado, em razão da globalização econômica, fizeram com que as prestações estatais — muitas delas direitos constitucionais de caráter social — deixassem de ser realizadas. Este desmantelamento do Estado, então, ensejou uma disparidade entre o discurso jurídico e o plano econômico (ZAFFARONI, 1995, p. 24).

Assim, o recuo do modelo de Estado Intervencionista a partir dos anos 80, com a diminuição na prestação de direitos econômicos e sociais, criou um descompasso entre as matérias que se encontravam conformadas sob a forma de direitos fundamentais — portanto, de prestação obrigatória — e as efetivas realizações estatais. Esta execução deficiente ou inexistente nas prestações sociais transformou-se num motivo de aumento da procura dos tribunais. Daí, afirmar Boaventura de Sousa Santos que muitas das litigações que chegam aos tribunais relacionam-se intimamente com o desmantelamento do Estado (SANTOS, 2011, p. 24).

Esta crise do Estado providência é basicamente uma crise do garantismo e daí a transferência compensatória da legitimação do sistema político para os tribunais (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 20). Observa-se, desse modo, que o sistema judicial substituiu-se ao sistema de administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente as prestações sociais (SANTOS, 2011, p. 25). Assim, a possibilidade do uso da via judicial representou verdadeira transferência de competência política do Executivo para o Judiciário, na medida em que o primeiro se mostrou incapaz de efetivar os direitos, permitindo que o segundo passasse a preencher essa lacuna.

Se bem compreendido este conjugado de alterações estruturais, econômicas, sociais e normativas que possibilitaram uma maior participação do Poder Judiciário no âmbito político

é possível a tomada de algumas conclusões. A primeira delas é que o fenômeno não é transitório ou que seja fruto de uma disfuncionalidade passageira. Pelo contrário, trata-se de um movimento que se delineou a partir do modelo do Estado Social e que desde então tem se intensificado e consolidado. Assim, se visualiza que a *judicialização das relações sociais e a maior criatividade e discricionariedade do juiz na aplicação da lei* são fatores imbricados às sociedades contemporâneas, compondo a própria dinâmica institucional que o Estado estabeleceu para se adaptar a todas as mudanças socioeconômicas operadas. Aliás, como não se tratam de fenômenos episódicos, há que se pontuar “[...] um retorno ao patamar das decisões anteriores apenas se configuraria possível com um retorno ao Estado Liberal, no qual os cidadãos não tenham mais resguardados seus direitos fundamentais materiais.” (AGRA, 2005, p. 91). Daí se dizer que se deve coexistir com esses fenômenos e não buscar extirpá-los, até porque isso não se mostraria possível.

Assim, a questão que passa a ganhar relevo e se consubstancia numa das questões centrais acerca do Judiciário hodiernamente é a de tornar a instituição um lócus adequado para o deslinde desses novos conflitos sociais que lhes são colocados. Criar uma compatibilidade entre a procura que se tem feito e a oferta de justiça realizada (SANTOS, 1989, p. 44).

Este debate ganha especial projeção na jurisdição constitucional, sobretudo no que toca ao controle de constitucionalidade, haja vista que nessa seara, o Judiciário lida com as normas de textura aberta da constituição que comportam um maior campo semântico para o seu preenchimento, além do fato de que as decisões possuirão caráter erga omnes.

Todavia, antes de se falar das peculiaridades que a alocação dessas diferentes funções acarretaram no Supremo Tribunal Federal, na casuística brasileira, é importante se compreender como o processo de delimitação e conformação do Judiciário ocorreu no Brasil.

2.2 Poder Judiciário no Brasil

A análise até então empreendida empenhou-se em traçar como o Poder Judiciário foi se formando e estabelecendo até chegar ao modelo que se observa na atualidade. Buscou-se realizar uma inter-relação entre as alterações que se observava no Estado (influenciadas pelas modificações do universo econômico) e as funções que se projetavam no Judiciário nas diferentes conformações estatais. Trata-se de uma articulação entre o sistema judicial e o sistema político. Essa evolução, disse-se anteriormente, foi feita com base nos países centrais das relações econômicas mundiais.

Com Boaventura de Sousa Santos se pontua que esta periodização analítica trifásica não se mostraria plenamente adequada para a compreensão da dinâmica que se deu nos Estados periféricos e semiperiféricos (Brasil) das relações econômicas. Isto porque tendo em vista que o desenvolvimento socioeconômico se deu de modo diverso, é de se esperar que diversa também tenha sido a consolidação do Poder Judiciário (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 29).

Assim, há que pontuar que durante o período liberal muito dos Estados periféricos eram colônias, sendo que alguns deles continuaram a sê-lo por muito tempo (caso dos países africanos) e outros conquistaram sua independência somente no transcurso da vigência da matriz liberal (caso dos países latino-americanos). Ademais, de acordo com o Boaventura de Sousa Santos, o Estado-Providência é fenômeno político exclusivo dos países centrais, haja vista que as sociedades periféricas e semiperiféricas caracterizam-se em geral por profundas desigualdades sociais que pouco “[...] são mitigadas pelos direitos sociais econômicos, os quais, ou não existem, ou se existem, tem uma deficientíssima aplicação.” (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 29). Também assevera que os próprios direitos de primeira dimensão — os direitos cívicos e políticos — têm uma vigência precária, fruto da grande instabilidade política em que têm vivido estes países, preenchidas com longos períodos de ditadura (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 30).

Desse modo, é preciso que todas essas distinções históricas sejam levadas em consideração para se compreender como se deu a evolução do sistema judiciário brasileiro. Assim, cabe, então, conhecer as especificidades do desenvolvimento desse Poder no Brasil.

Para este intento, as construções analíticas a respeito das condicionantes históricas que fizeram alterar os modelos de Estado no âmbito dos países centrais servirão de guia. Ademais, não se pode olvidar que o Brasil fora colônia de Portugal e, desta forma recebera, ainda que reflexamente as influências das matrizes europeias, de modo que o sistema judicial foi estruturado sob a mesma base implementada na Europa continental após o século XVIII. Aliás, mesmo antes da vigência do Estado Liberal, no Brasil colonial, a função julgadora fora constituída a partir das raízes culturais europeias, seguindo a tendência de sua metrópole (FARIA, 1995, p. 30).¹⁹

Esta importação das instituições próprias da conjuntura americana e europeia a uma realidade distinta desaguou em um modelo bastante diferenciado de seus protótipos (ROLLA,

¹⁹A esse respeito, complementa José Eduardo Faria: “[...]no Brasil colonial, como instituição de feições inquisitórias forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, com seus prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos. (FARIA, 2004a, p. 104).

2012, p. 332). Assim, o processo de consolidação do Poder Judiciário em virtude das peculiaridades da casuística brasileira empreendeu características próprias na judicialização tanto no que toca a sua origem quanto em relação ao seu grau. Este mesmo processo projeta nuances particulares no fenômeno da maior criação judicial do direito por parte do Judiciário e, por conseguinte, no modo como o ativismo judicial tem sido ensejado no Brasil.

Para se compreender essas peculiaridades próprias da conjuntura brasileira, passa-se a analisar a evolução política, institucional e social brasileira sobre três vertentes. Primeiramente, aborda-se a inadequação do modelo liberal à sociedade brasileira, pontuando a respeito da pouca importância que o Judiciário possuía nesse período, dado o fato de que não se mostrava como espaço adequado para solucionar as grandes questões sociais brasileiras. Em seguida, aborda-se a importância que a Constituição de 1988 teve na redefinição da atuação judiciária, pontuando-se como a estrutura influiu no maior grau de judicialização. Por fim, se articulará como essa mudança normativa ao interagir com a conjuntura econômica e social também projetou características próprias na participação do Judiciário nas matérias políticas.

2.2.1 A recepção da matriz liberal

O mesmo modelo de Judiciário do Estado Liberal das metrópoles europeias se transplantou para o Brasil. Razão pela qual à semelhança do que lá fora estabelecido, a atividade judicial foi concebida como simples “administração da lei” por uma instituição tida como neutra, imparcial e objetiva. Sua neutralidade e imparcialidade conduziam a interpretações restritivas e objetivas dos códigos. O Judiciário era entendido enquanto instituição passiva, que operava a partir da subsunção lógica, excluindo quaisquer influências ideológicas, sociológicas ou históricas do processo interpretativo. Para assegurar o funcionamento desse modelo (e isso se mostrará particularmente importante) contava-se com tribunais superiores com as funções básicas de uniformizar as decisões das instâncias inferiores; preservar a disciplina e o profissionalismo de todo o corpo de magistrados; e constituir-se num fecho lógico de um sistema jurídico fechado, completo e autofundamentado (FARIA, 1995, p. 29-30). Em termos funcionais, foi concebido para exercer as funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade postulada como sendo estável, com níveis equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras e unívocas (FARIA, 2004b, p. 104).

Nesta perspectiva, os conflitos que o Judiciário deveria solucionar seriam aqueles entre cidadãos iguais sobre interesses de caráter individual emergidos, principalmente, da seara civil. Ora, é de se notar que em uma sociedade agrária, marcada por profundas desigualdades entre seus membros, em que os mecanismos de controle social tradicionais (família, vizinhança, religião) eram os grandes responsáveis por pautarem as interações comunitárias, o papel que coube ao Judiciário foi de menor importância (FARIA, 2004b, p. 105; LOPES, 2005, p. 69).

Daí se dizer que este arquétipo de Judiciário não se mostrava adequado para o cenário brasileiro, visto não ser capaz de refletir suas dinâmicas sociais. Assim, enquanto na Europa continental se verificou o desgaste de um modelo de Estado, mas que em um dado momento serviu como resposta à concentração de Poder (modelo liberal); no caso brasileiro tem-se a inadequação desde a implementação do modelo, com a agravante de que este não conseguiu evoluir completamente. De modo que o sistema ainda mantém traços marcantes de uma estrutura institucional de Estado liberal. O Poder Judiciário foi o mais refratário às mudanças²⁰.

Assim, a seara judicial permaneceu sem importância social e política, visto que não chegava e não servia a toda à sociedade. Não era para a imensa maioria da população o locus onde se resolviam conflitos (FALCÃO, 1989, p. 149). Mantinha-se em seu isolamento e neutralidade com relação a todas as mudanças que iam se operando no Brasil. É de se notar, por exemplo, que nos períodos ditatoriais os regimes de exceção foram implantados sem que a independência judicial fosse afetada. Isso porque operando os regimes dentro dos próprios atos legais que emanavam (legalidade formal) e excluindo da apreciação dos tribunais as áreas de litigação politicamente essenciais para manutenção do sistema, foi possível manter o Judiciário independente²¹ e em funcionamento (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 32).

O conjunto de alterações sociais que se inicia a partir dos anos 40 com o processo de industrialização e urbanização (LOPES, 2005, p. 69) fez acirrar a inaptidão desse espaço institucional para a resolução e estabilização dos conflitos comunitários. Isso se deu porque as

²⁰Nesse sentido, é interessante o que diz Dalmo Dallari (1996, p. 5): “No Poder Judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século. Mas, o que é de maior gravidade, a mentalidade do Judiciário permaneceu a mesma[...].”

²¹A independência segundo a matriz liberal é atribuída aos tribunais na medida em que são politicamente neutralizados por três medidas: o princípio da legalidade que conduz à subsunção lógico-formal para as litigações de caráter individual; o caráter reativo dos tribunais que dependem da procura dos cidadãos; e a dependência orçamental e administrativa em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 30).

intervenções realizadas pelo Estado brasileiro promovendo a industrialização e modernização da economia²² se fizeram refletir em profundas alterações na sociedade. No período de 1940 a 1980 houve um intenso deslocamento populacional e uma reordenação social que alteraram as formas de interação dos grupos sociais (FARIA, 2005a, p. 15).

Os deslocamentos comunitários produziram, portanto, a emergência de novas realidades sociais e redefiniram a dinâmica das antigas interações gregárias²³. Todavia, essas mudanças não se fizeram refletir no âmbito jurídico-legal. Isso porque o sistema judicial não soube corresponder aos novos tipos de conflitos surgidos das contradições socioeconômicas, tão pouco soube lidar com a emergência de inéditos comportamentos que se confrontavam com os códigos e leis em vigor. Assim, as instituições jurídicas e judiciais tornaram-se progressivamente inefetivas, fato que se mostrava patente quando essas instâncias eram instadas a aplicar as legislações de caráter social (FARIA, 2005a, p. 17).

Ampliou-se, desse modo, o fosso entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes de uma sociedade em transformação (FARIA, 2005a, p. 17), visto que aquele não se mostrava efetivo para a resolução das grandes questões que se impunham à sociedade. Reforçando as razões pelas quais o Judiciário durante esse período não ter figurado como tema importante da agenda política.

Este desempenho político marginal do Judiciário se altera com o declínio do regime autoritário e o processo de redemocratização que ocorreu ao longo dos anos 80 (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 32) cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição de 1988. A partir desse momento tornou-se possível que o Judiciário tivesse uma atuação diferente na resolução de conflitos que fugissem à lógica liberal-individual (FARIA, 2005b, p. 54).

²²Acerca do processo de industrialização brasileiro pontua-se que ele se deu a partir de uma forte participação do Estado como seu indutor. Pode se dizer que ela começou a ser realizada a partir da Revolução de 1930, quando houve uma alteração do modelo agroexportador da economia e a adoção de um modelo de substituição das importações e de industrialização. Gilberto Bercovici (2004a, p. 166) informa que o Estado foi o agente responsável pela transformação das estruturas econômicas, promovendo a industrialização (BERCOVICI, 2004a, p. 153). Trata-se de política *desenvolvimentista* assentada nesta participação do Estado para fomentar o crescimento da produção industrial e ampliação da infra-estrutura. Todavia, essa política não se pretendia fazer acompanhar de transformações nas estruturas econômicas e sociais. As preocupações se assentavam exclusivamente em critérios de crescimento econômico não se analisavam as condições ou consequências políticas, institucionais, sociais ou culturais desse crescimento (BERCOVICI, 2004a, p. 161).

²³Os tradicionais mecanismos de controle social (família, vizinhança, religião) se dissolveram, perdendo a importância que possuíam. Deste modo, sem tais controles, o direito estatal se afirmou como o primeiro e mais importante instrumento de controle e regulamentação de conflitos (LOPES, 2005, p. 69). Paralelamente a essa dissolução de controles, ocorre a formação de grupos, classes e organizações com interesses novos (interesses coletivos, difusos) e novos objetos de disputa (políticas públicas, questões orçamentárias) (LOPES, 2005, p. 71).

Primeiro porque para existir um controle judicial, necessário se faz que esse Judiciário não esteja politicamente submetido, e com o declínio do regime militar, foram reestabelecidas as garantias dos magistrados suprimidas no curso da ditadura. Além disso, no novo estatuto jurídico, cuidou-se de proteger a autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, bem como o estabelecimento de novas prerrogativas aos magistrados. Com o retorno de suas garantias, o Judiciário pode se tornar um poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes (BARROSO, 2009, p. 3).

O segundo motivo é o próprio conteúdo material trazido pela Constituição de 1988. A configuração estabelecida pela Carta Política foi a grande responsável no caso brasileiro pelo redimensionamento da atividade judiciária na seara política, desencadeando o fenômeno da *Judicialização* e criando um ambiente que se mostrou propício para o *Ativismo Judicial*. Isto porque além do extenso catálogo de direitos fundamentais, trouxe para esfera do direito constitucional, matérias que anteriormente ficavam relegadas ao processo político ordinário. Não obstante, também criou obrigações para legislador ordinário, e estabeleceu mecanismos de controle de tal atuação.

Assim, cumpre fazer um estudo mais acurado acerca desse diploma normativo.

2.2.2 Constituição de 1988 e a arquitetura constitucional estabelecida

A Constituição de 1988 possui caráter analítico, assim, se insere na tendência iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978) (BARROSO, 2009, p. 3), potencializa, todavia, essa característica e adota uma técnica de codificação que tende a exaurir e especificar as situações subjetivas reconhecidas como direito. A adoção dessa forma se dá em boa medida porque no curso do processo de redemocratização o constituinte quis estabelecer uma ruptura com relação aos regimes autoritários anteriores, evidenciando a desagregação política e institucional que separa o atual sistema constitucional do precedente.

Esta especificação também cumpre uma função de garantia, tanto no que toca a atividade legislativa, pois permite superar a inércia dos legisladores (nem sempre dispostos a salvaguardar a substância dos direitos constitucionais), mas também no que tange a tarefa interpretativa, uma vez que estabelece parâmetros mais detalhados (ROLLA, 2012, p. 337). Deste modo, se estabelece um norte balizador da interpretação — o que assegura que o juiz não possa se esgrimir de garantir o mínimo, uma vez que taxativamente escrito —, ao mesmo

tempo em que limita a atividade pretoriana para que não se distancie em demasia das disposições normativas.

Para além desse modelo de codificação extensivo, também é importante para se compreender toda a inovação trazida pela Constituição de 1988, compreender o seu processo constituinte. Uma vez que o modo através do qual esse processo foi realizado projetou importantes desdobramentos na configuração institucional brasileira.

Tanto o processo de transição democrática pela “transação” quanto, posteriormente, a Assembleia Constituinte de 1988 foram obra de uma grande coalizão pluriclassista (VIANNA et al., 1999, p. 41). Nenhum partido dispunha — por si, ou sob a forma de coligação — de maioria qualificada para agir na conformidade de um projeto político coerente (FARIA, 2004b, p. 110). A nova Carta ficou distante do ideal de todos os grupos nacionais. A formação da vontade do legislador constituinte não tinha como ser fruto de uma ação hegemônica, mas apenas da composição e das soluções de compromisso entre forças díspares, cuja unidade se exercia melhor sobre temas tópicos do que na formulação de uma concepção sistêmica e coerente de um novo projeto para o país (VIANNA et al., 1999, p. 39).

Desse modo, as alianças que almejavam impor uma agenda de mudanças não conseguiram espaço. Assim, o constituinte buscou conferir uma compensação por meio de (I) uma incisiva e robusta declaração de direitos fundamentais; (II) utilização de normas programáticas e de cláusulas indeterminadas. Deixava-se para um momento futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Carta, na dependência de que um arranjo de forças subsequente — propiciado pela ordem institucional que se instauraria — conseguisse efetivar esses direitos e, assim, obter as conquistas substantivas (VIANNA et al., 1999, p. 41; FARIA, 2004b, p. 110).

Este modelo aberto e fragmentário de direitos, carente de um projeto sistematizado e articulado de sociedade foi lido pela doutrina brasileira de duas formas. Numa primeira perspectiva (mais crítica) entendeu-se que essa previsão constitucional de direitos teria efeitos meramente simbólicos. Uma segunda corrente, via nessa abertura semântica e estrutural a construção de um desenho institucional que buscava fazer com que os cidadãos participassem do processo concretização dos conteúdos constitucionais, sobretudo, através das ferramentas jurídicas fornecidas pela constituição; aproximando-se o conteúdo constitucional da realidade fática.

Cumprir tratar a respeito dessas duas óticas, uma vez que ambas tem lugar na análise das repercussões da Carta de 1988 e possuem parcela de acerto em suas ponderações. Todavia, já se alinhava que se caminhando tanto por uma quanto por outra, chega-se ao

mesmo ponto: a proteção constitucional de direitos humanos individuais e sociais erigiu o Poder Judiciário em instrumento — e um dos principais meios — de garantir e concretizar direitos.

A primeira perspectiva que alude para uma dimensão simbólica entende que a textualização dos direitos fundamentais teria sido uma forma de contenção das expectativas sociais (FARIA, 2005c, p. 99), uma vez que se criaria a ilusão de que por restarem constitucionalmente consagrados, estariam assegurados. Isso encobre, na verdade, o fato de que a força normativa desses institutos jurídicos, sozinha, é insuficiente para alterar a realidade. Assim, essa falsa sensação de proteção obstruiria uma discussão efetiva dos fatores que impedem a concretização, gerando a apatia da população na luta por seus direitos (NEVES, 2005, p. 20). Ademais, os cidadãos ao verificarem que não se conseguia sair do plano normativo passam a desconfiar da própria possibilidade de alcançá-los através do Estado (NEVES, 2005, p. 5).

Esta perspectiva crítica teve lugar — principalmente — no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição, visto que o Judiciário não conseguiu se mostrar uma instância para a participação política e concretização de direitos fundamentais. A instituição quando instada a decidir sobre direitos fundamentais valia-se de seu articulado conjunto de mecanismos jurídicos, para através dos filtros de racionalidade formal — de caráter restritivo — conter os filtros de racionalidade material de caráter inclusivo (CAMPILONGO, 2005, p. 48). Desse modo, a existência do direito fundamental era sempre afirmada, mas se encontrava esvaziada, em razão desses filtros restritivos²⁴. Em virtude dessa vigência formal, mas da ineficácia material é que a ideia de efeito simbólico das normas ficava em evidência (FARIA, 2005c, p. 99).

A segunda percepção parte da ideia de que os direitos fundamentais refletem o conjunto de valores positivados de uma comunidade política concreta. São a um só tempo os valores a que esta sociedade pretende perseguir e as bases da ordenação da vida social. Assim, a eles cumpre a integração dos indivíduos ao processo político-comunitário e a ampliação do espaço público (CITTADINO, 2003, p. 30).

Nesta perspectiva, cabe à Constituição a missão de harmonizar a multiplicidade de interesses e projetos com o conjunto de valores que seja partilhado por essa sociedade. De modo que seja possível manter essa comunidade agregada — contemplando direitos e garantias que preservem os diversos grupos que a formam — e que permita que os diferentes

²⁴Pode se exemplificar que a utilização nesse período como filtro restritivo o argumento de que inexistiam leis que regulamentassem os direitos assegurados na Constituição.

projetos possam ser exercidos. Para tanto, a Carta Política não pode ser uma decisão, prévia, simples e acabada (HÄBERLE, 1997, p. 30), que imponha uma ideia totalizante de bem comum.

Pelo contrário, ela deveria ser um *sistema aberto*, permeável aos valores socioculturais da comunidade, sujeito a evoluções que comportem as mudanças nos projetos e valores sociais vigentes. O texto seria o ponto de partida para a construção da verdadeira constituição (a realidade constitucional), que deverá contar com a participação de toda a sociedade aberta. Sua concretização reclamaria a intervenção da comunidade institucionalizada na qualidade de intérprete do texto constitucional (VIANNA et al., 1999, p. 40).

O processo de concretização da Constituição seria uma obra aberta confiada à comunidade, a quem através de uma participação político-jurídica, por meio dos recursos procedimentais dispostos no Texto (mandado de Injunção, controle de constitucionalidade por omissão, iniciativa popular) exerceria o controle das omissões do Poder público e contribuiria para significação dos conteúdos dessa carta de direitos (CITTADINO, 2003, p. 31).²⁵

Para esta perspectiva, os cidadãos teriam sido dotados de novas vias para uma democracia participativa, através do uso das instâncias judiciais, para a concretização de direitos e controle das omissões públicas. Assim, a judicialização da política viabilizaria o encontro constante da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição (VIANNA et al., 1999, p. 259).

Portanto, nesse viés de análise da estrutura do texto constitucional, a extensa positivação de direitos sociais teria propositadamente projetado o Judiciário nas discussões de matérias políticas. Entretanto, mesmo que se parta do viés de análise que alude para o efeito simbólico, também se pode compreender a razão pela qual a positivação de direitos fundamentais teria transformado Judiciário numa arena para a discussão de matérias sociais.

Isso porque a referência simbólica tem como característica sua ambivalência. Assim, tanto pode servir para a apatia e a consequente manutenção da falta de direitos; quanto a mobilização pela construção e realização dos mesmos (NEVES, 2005, p. 5). Ora, se no Brasil em um primeiro momento se observou o primeiro efeito, visto não se conseguir a concretização judicial dos direitos fundamentais, num segundo momento, a dimensão

²⁵Acerca desse aspecto pontua Gisele Cittadino que: “É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Em outras palavras, a *abertura constitucional* permite que os cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo — na medida em que ele se torna aberto e público — e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição.” (CITTADINO, 2003, p. 31, grifo da autora).

simbólica teria servido de mola impulsadora para se adotar uma perspectiva questionadora das insuficiências e, assim, buscar a efetividade. Uma vez que ao restarem positivados — a despeito da intenção com que se deu essa positivação — e, dado o vasto instrumental jurídico fornecido para garanti-los, transformaram-se em instrumento de luta, que foi apropriado pela população.

Assim, isso significa que a despeito do modo pelo qual se compreenda essa positivação de um extenso rol de direitos fundamentais — seja de um modo mais cético ou otimista — torna-se patente que esse fenômeno inseriu definitivamente o Poder Judiciário na seara da política.

Ademais, não se pode olvidar que a Constituições, além dos dispositivos vazados em linguagem mais precisa, a que se associam significados com delimitação mais estreita (regras), possui outros com fórmulas lapidares, em linguagem aberta, indeterminada e plurissignificativa, com dimensão prospectiva, que possuem menor grau de precisão (princípios) e permitem uma maior atribuição de significado por parte do julgador (RAMOS, 2010, p. 65-66; BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 61). Daí que a atividade não se subsume apenas a decidir com base em programas condicionais (normas jurídicas: se, então — hipótese/consequência), mas também ter que decidir sobre programas teológicos (políticas públicas — formulação/implementação) (SODRÉ, 2011, p. 10).

Todavia, compreender esta ideia de maior participação através do Judiciário delineada pela Constituição, não explica toda a dimensão que o fenômeno da Judicialização tem alcançado hodiernamente. É preciso desenvolver mais uma análise acerca da Constituição brasileira para se compreender os fatores estruturais de um processo de judicialização tão amplo.

Assim, ganha destaque a ideia de “curto-circuito histórico” de Boaventura Sousa Santos (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 32; SANTOS, 2011, p. 26). Para o autor, o Brasil — como muito dos países periféricos — consagrou no mesmo ato constitucional direitos que nos países centrais foram conquistados ao longo de um século.²⁶ Como esta consagração não se operou de modo linear, nem cumulativo; mas se deu de modo truncado, imperfeito e simultâneo, a luta pela cidadania passou a se realizar em todas essas frentes. Daí surgir uma dificuldade estrutural de harmonizar os diferentes tipos de direitos

²⁶ No período liberal, os direitos cívicos e políticos; no período do Estado-Providência, os direitos econômicos e sociais; e no período do pós-Estado-providência da qualidade de vida em geral. (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 32).

legalmente garantidos, suprindo os vazios de efetividade e alargando a intensidade ao diversos setores sociais (CAMPILONGO, 2005, p. 31).

Portanto, esta consagração de direitos, sem que os correspondentes mecanismos do sistema político fossem empenhados (políticas públicas e sociais consolidadas) para efetivá-los, desloca contínua e reiteradamente essas pretensões não solucionadas para o sistema jurídico. Significa dizer que esse sistema judicial é sucessivamente provocado a intervir em virtude da incapacidade do sistema político em lidar com a universalização de temas que promoveu.

O aprofundamento do abismo entre a esfera normativa e a realidade fática, ocasionada pela não efetivação dos desígnios constitucionais, é fator central na compreensão da Judicialização na casuística brasileira. Diversamente dos países em que existiam prestações públicas nos quais esses direitos eram relativamente satisfeitos pela atuação dos programas estatais; no Brasil, há uma expressiva carência de direitos, a qual o Estado nunca conseguiu corresponder satisfatoriamente, assim, com a consignação de direitos feita pela Constituição de 1988, que viabilizou um novo *locus* de discussão, essa demanda encontrou um espaço para extravazar.

2.2.3 A inserção da Constituição de 1988 na sociedade brasileira

É bem verdade que a engenharia institucional disposta pela Constituição possuiu papel central na compreensão no processo de judicialização que se vislumbra atualmente. No entanto, alguns outros aspectos são importantes para se perceber as peculiaridades da participação judicial no cenário brasileiro. Por essa razão, também cumpre se visualizar como o texto normativo se inter-relacionou com a conjuntura social em que foi instaurado.

Assim, em linhas gerais, se pode dizer que a ordem constitucional brasileira, notadamente inspirada num modelo de Estado Social, se instaurava num momento em que o modelo de intervenção estatal entrava em declínio ao redor do mundo. É dizer: a Constituição instituía prestações públicas, mas as forças internacionais e da esfera econômica pressionavam pela redução do Estado brasileiro, pontuando a escassez de recursos financeiros e a impossibilidade do Estado manter sua atuação político-econômica.

Neste cenário, José Eduardo Faria observa que se processavam sobre o Estado brasileiro dois movimentos opostos e contraditórios, mas que igualmente incitavam uma transferência de responsabilidade política para o Poder Judiciário. Assim, tinha-se a ocorrência de um movimento de natureza *centrífuga* decorrente do processo da globalização

econômica e a conseqüente erosão da capacidade de intervir do Estado. Mas, também ocorria um movimento de caráter *centrípeto*, resultante das demandas e lutas protagonizadas por setores sociais propugnando por um Estado “forte”, capaz de assegurar os ditames trazidos pela Constituição (FARIA, 1995, p. 44).

Nesta ideia de movimento *centrifugo* de redução das atribuições do Estado, se podem fazer algumas asserções. Primeiramente é que os fenômenos da globalização da economia e revolução informático-tecnológica também se fizeram repercutir na estrutura estatal brasileira. Isso porque na busca de se integrar o Estado na nova dinâmica das relações mundiais foram empreendidas profundas alterações de inspiração neoliberal²⁷, operou-se dessa forma a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a desarticulação da legislação social (FARIA, 1995, p. 46). O Segundo ponto é que também se verificou a perda da capacidade do Estado brasileiro em manter a ordem normativa coerente. De modo que igualmente se pode apontar a ocorrência da *inflação legislativa*, com a peculiaridade de que em virtude das grandes diferenças sociais da sociedade brasileira o potencial antinômico dos direitos protegidos ganha contornos maiores, daí que a harmonização de tão distintos projetos de organização de vida só podia ser neutralizada na esfera da discussão judicial, a partir de discussões concretas (FARIA, 1995, p. 69). Reforçando, então, a delegação para o magistrado.

Por sua vez, no movimento de caráter *centrípeto*, expectava-se o fortalecimento do Estado em razão de suas atribuições sociais. Os grandes atores desse processo são os cidadãos, que tomaram consciência de que o processo de mudança constitucional lhes deram direitos significativos e que, por isso, viram nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar seus direitos e suas aspirações (SANTOS, 2011, p. 35). Assim, quando passaram a buscar o Judiciário, este se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tinha nem experiência acumulada nem jurisprudência formada (FARIA, 2005b, p. 52). Todavia, a reiterada pressão dessa demanda por direitos sociais,

²⁷A particularidade dos países da periferia do sistema capitalista é que o processo de “ajuste” do Estado se deu sob a forma de condicionantes para a realização de empréstimos junto aos organismos econômicos internacionais, dos quais o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial são os personagens de maior destaque (LEITE, 1996, p. 29). Assim, sob o marco de inspiração neoliberal de redução do Estado, nas décadas de 80 e 90, essas organizações internacionais elaboraram extensa pauta direcionada à reforma dos Estados latino-americanos, pressionando-os à adoção de prescrições com o fim de fortalecer o processo de globalização por meio de políticas públicas globais (PRADO, 2013, p. 28). Assim, no caso brasileiro, dada a pressão da crise fiscal e da necessidade de pagamento dos juros da dívida externa, a adoção de políticas de caráter neoliberal, no curso do, anos 90, com a redução do Estado foi se impondo, a despeito das peculiaridades de sua situação histórica.

em um contexto no qual a discricionariedade judicial foi aumentada, fez começar a surgir decisões não ortodoxas e de maior potencial criativo.

Portanto, a confluência desses movimentos foi canalizando no Judiciário as disputas pelas prestações públicas. Primeiro porque o Estado Nacional era esvaziado em sua autonomia, em suas competências e em suas funções. Segundo porque o sistema normativo hodierno também transfere o fechamento valorativo para o momento da aplicação. Terceiro em virtude dos próprios cidadãos e movimentos sociais que passaram a enxergar no Judiciário um compensador de déficits de funcionalidade dos demais poderes.

Assim, fica claro que na experiência brasileira a judicialização não é o resultado de um protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário, ou de um papel salvífico de sua parte. Ela deriva, diversamente, de novas práticas de uma sociedade civil que tem excedido a capacidade de incorporação do sistema político e da vida associativa em geral (VIANNA et al., 1999, p. 259).

No que toca propriamente a estrutura judicial brasileira, verifica-se que não foi ela a grande responsável pelo processo de judicialização. Na verdade, o Poder Judiciário brasileiro sempre se mostrou disfuncional e não efetivo na concretização de direitos sociais (FARIA, 2005a, p. 22). Todavia, também do ponto de vista do mercado e do desenvolvimento econômico (pautados no movimento de redução de Estado) o desempenho da função judicial igualmente era visto como inefetivo. Uma vez que nesse campo se precisava de um sistema judiciário que fosse eficiente, rápido, estável; que permitisse a previsibilidade dos negócios; que garantisse a segurança jurídica e a salvaguarda dos direitos de propriedade (SANTOS, 2011, p. 34; DAKOLIAS, 1996a, p. 4).

Assim, no curso das reformas realizadas no Estado brasileiro, com vistas a adequá-lo a nova realidade da ordem econômica mundial²⁸, operou-se uma reforma no Poder Judiciário. Todavia, essa reestruturação não caminhou no sentido de tornar o sistema judicial mais adequada à realização de direitos sociais prospectivos, e melhor corresponder às demandas por justiça social. A reforma das instituições foi pautada pela busca por *eficiência técnico-*

²⁸Esse conjunto de reformas já em curso desde os anos 80, operou-se em duas gerações: “As reformas da primeira geração foram realizadas nos anos 1980 e início dos anos 1990, com o objetivo de estabilizar e liberalizar a economia. Elas consistiam de medidas pontuais como o corte no orçamento, aumento de taxa de juros, redução da oferta monetária, episódios de privatização etc. Em contraste, as reformas da segunda geração têm, em sua maioria, um foco institucional [...]. [...] as reformas de segunda geração concentram-se na eficiência e qualidade, o que tipicamente produz custos concentrados (e conseqüentemente um padrão político específico à “política de eficiência”). (MELO, 2005, p. 847-849).

econômica.²⁹ Na esfera judicial a incorporação do discurso da eficiência³⁰ se fez inserir a partir de uma gestão preocupada com a produtividade estatística e numérica voltada para otimização de recursos e tempo, em detrimento da preocupação com os fins a serem alcançados por uma administração efetiva.

As outras deficiências tão ou mais graves, como a baixa efetivação de direitos humanos e a estrutura institucional pouco democrática foram ignoradas. Assim, não solucionou o problema do uso da via judicial para concretização das normas constitucionais. Este problema foi deixado a um segundo plano: seria alcançado por via reflexa ao bom desempenho dos tribunais³¹.

Assim, a situação que se coloca hoje é de um Judiciário que do ponto de vista da realização dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais mostra-se inadequado, conquanto tenha sido reformado para se tornar mais eficiente. Todavia, mesmo em face das suas limitações para a resolução de conflitos, com a transição para a democracia, esses tribunais lenta e fragmentariamente começam a assumir um papel político de maior destaque (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 33) e a se mostrar um importante locus para a disputa pela efetivação de direitos.

Ainda que muitas vezes se observe uma reiterada denegação das pretensões³², também se visualiza, em alguma medida, a satisfação de direitos a partir de uma interpretação que não se restringe a buscar as soluções previamente conformadas na lei; assim, tomando por base o caráter mais aberto da legislação que permite ao aplicador-intérprete a atribuição de significado, tem se vislumbrado que a partir dos axiomas constitucionais os magistrados

²⁹No âmbito da Administração Pública essa busca de *eficiência técnico-econômica* se deu com a incorporação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, notadamente com a inserção da eficiência enquanto princípio norteador da Administração Pública, insculpido no artigo 37, *caput* da CF/1988. No Poder Judiciário isso se deu com a promulgação da EC nº45/2004, da qual merece destaque a inserção da razoável duração do processo e dos meios que assegurem a celeridade de tramitação como garantia individual (art. 5ºLXXVIII da CF/88); a inclusão da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro (art. 103A da CF/88); e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão a exercer o controle externo.

³⁰Quanto ao princípio da eficiência na administração pública informa José Afonso da Silva que em verdade não se trata de conceito jurídico, mas sim de conceito econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. A eficiência inserida enquanto princípio orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com o menor custo possível. Tem como conteúdo, portanto, a relação entre meios e fins. Os recursos materiais, humanos e financeiros devem ser aplicados racionalmente para a consecução das necessidades coletivas. (SILVA, 2005, p. 671).

³¹Os fins que um serviço público efetivo poderia alcançar não são as preocupações primevas, mas sim a produtividade (MARCELLINO JUNIOR, 2006, p. 154), pois dentro de uma orientação neoliberal, os fins seriam desdobramentos lógicos de uma administração eficiente, voltada para os meios.

³²Celso Campilongo pondera a utilização de uma interpretação reflexiva, isto é, que calibrava as pretensões jurídicas em função das forças sociais, do momento econômico, da capacidade circunstancial de resposta do sistema política. Assim, dado o discurso da escassez de recursos, os direitos são reiteradamente negados sob a alegação das teses de “impossibilidade material” de aplicação do direito e de “ineficácia absoluta das decisões” (CAMPILONGO, 2005, p. 48).

preenchem esses espaços normativos efetivando direitos fundamentais, realizando processo de criação judicial.

2.2.4 O Supremo Tribunal Federal e o desempenho de sua função de Jurisdição Constitucional

Como último ponto a ser observado nessa recuperação do processo histórico de delimitação e conformação do Poder Judiciário, passa-se a tratar do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Uma vez que quando se projeta a problemática do Ativismo Judicial ao exercício de jurisdição constitucional realizado pelo STF, nota-se que a questão ganha alguns contornos diferenciados daquele praticado na jurisdição ordinária.

Isso ocorre em virtude das funções desempenhadas pela Justiça constitucional³³, que lida diretamente com a Carta Política — de textura mais aberta e principiológica —; que tem por escopo a proteção/concretização de direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade, tarefas nas quais o acirramento com os demais Poderes mostra-se constante e; sobretudo, pelo fato de que exerce a função de intérprete final da Constituição, vinculando todo o Poder Público ao seu entendimento³⁴. Por estas razões, as práticas ativistas do STF mostram-se distintas, justamente pela sua possibilidade de maior ocorrência e pela capacidade de repercussão em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante essas peculiaridades, também se observará que o processo de acomodação do órgão também se viu influenciado pelas alterações nas diretrizes do modelo de Estado, na mesma linha do que visto acerca da jurisdição ordinária. Nessa esteira, tratar-se-á de vislumbrar, então, as especificidades de seu processo que fugiriam a regra geral, e apenas pontuar o que se situa no mesmo movimento visto pela jurisdição ordinária.

Ademais, cabe ponderar que para os fins desse trabalho, o desempenho das funções de um tribunal superior interessa na medida em que realize tarefas que não se junjam apenas a revisão de decisões; a partir do momento no qual se vislumbre o desempenho da função de jurisdição constitucional. Por essa razão, as análises se iniciam sob o marco da Constituição de 1891, não só porque assinalam o nascimento da República e do Supremo Tribunal Federal,

³³Segundo Alexandre de Moraes, a Justiça Constitucional possui geralmente cinco grandes ramos de competência: (i) proteção aos direitos fundamentais; (ii) controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos);(iii) controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais; (iv)• equilíbrio da federação. (MORAES, 2001, p. 2).

³⁴ Nesse sentido, Gilberto Bercovici aduz acerca da importância que ganha a função do Tribunal de “traduzir” a vontade constitucional, informando que pode haver verdadeiro monopólio dos Tribunais sobre o conteúdo constitucional (BERCOVICI, 2004b, p. 18-19).

mas também em razão do fato de que nesse momento é que se inaugura o controle de constitucionalidade no Brasil³⁵.

2.2.4.1 A instauração dos controles de constitucionalidade

A Constituição de 1891 é marcada pela forte influência estadunidense. Desse modo, o controle de constitucionalidade, quando inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro, seguiu o modelo norte-americano e, assim, adotou-se o controle judicial difuso e incidental. Dessa feita, em caso de incongruência entre a lei e a Constituição, competiria aos juízes e tribunais — na análise do caso concreto submetidos à sua cognição — conhecer o incidente de inconstitucionalidade e resolvê-lo (BINEMBONJM, 2004, p. 123). Nesse modelo o Supremo Tribunal Federal conheceria do incidente constitucional em sede de recurso ou em sua competência originária no caso de foro por prerrogativa de função.

Ainda lembra Paulo Bonavides (2004, p. 325) que este instrumento — pela via de exceção — é típico do modelo Liberal de Estado, uma vez que visa salvaguardar o cidadão dos atos normativos emanados do poder estatal, buscando em última análise proteger os direitos individuais.

A importação desse sistema de controle de constitucionalidade típico de um país de tradição da *Common Law* para um país de tradição romano-germânica sem que fossem feitas adaptações comportou alguns problemas. Assim, a despeito de se convolar em importante avanço do ponto de vista democrático, pois permitia o acesso direto à Constituição para as partes em juízo, se traduziu em fonte de incerteza e insegurança jurídica. Isso porque não existia no ordenamento brasileiro um instrumento apto a coordenar os entendimentos como o faz o sistema de vinculação aos precedentes do *stare decisis* anglo-saxônico. Assim, a divergência de entendimento entre os diferentes órgãos jurisdicionais não tinha como ser harmonizada. Ademais, havia a questão da multiplicidade de demandas idênticas, fundadas na mesma questão constitucional, uma vez que a lei mesmo que declarada inconstitucional — inclusive, pelo próprio Supremo Tribunal Federal — continuaria formalmente em vigor. Cada interessado na matéria deveria proceder por si mesmo a postulação em juízo (BINEMBONJM, 2004, p. 124-125).

³⁵A Carta Imperial, outorgada em 1824, possuía forte inspiração francesa — que propugnava uma rígida separação dos poderes — e inglesa — que consagrava a supremacia do parlamento. Assim, não contemplava quaisquer sistema de controle de constitucionalidade. Atribuía ao Poder Legislativo a atividade de elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las revogá-la e ainda velar pela guarda da Constituição (BINEMBONJM, 2004, p. 122).

O modelo difuso-incidental vigorou sozinho no ordenamento jurídico brasileiro até a Emenda nº 16 de 26 de novembro de 1965 à Constituição de 1946 quando passou a coexistir com o controle abstrato e concentrado.

É bem verdade que modelo difuso não se manteve o mesmo, desde sua instituição, em 1891, até a introdução do modelo concentrado. Nesses setenta anos, ele sofreu evoluções que, em alguma medida, apontavam para um modelo mais centralizado do exame de adequação normativa às disposições da Carta Maior, uma vez que a importação de um modelo difuso trouxera as dificuldades acima mencionadas.

Dessa forma, a Constituição de 1934 pretendeu criar uma solução para a problemática da multiplicação de demandas de declaração de inconstitucionalidade para um mesmo texto legal, e para tanto atribuiu ao Senado Federal à possibilidade de suspender, no todo ou em parte, a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal³⁶, visando dar efeito geral às decisões do órgão (BINEMBONJM, 2004, p. 125).³⁷

A inserção em 1965 da representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que inaugurou o modelo de controle abstrato de constitucionalidade possui importância histórica por introduzir um novo instrumento no ordenamento brasileiro que se manteve até hoje. Assim, inseriu-se um sistema de controle de constitucionalidade que independia da instauração de uma lide concreta. O exame se dava em um processo objetivo, que não envolvia o interesse das partes em litígio, sua resolução possuía efeitos gerais, alcançando todas as situações que sofriam a incidência da norma declarada inconstitucional.

Todavia, é de se notar que nesse modelo inicial a competência para a deflagração da representação de inconstitucionalidade de lei era de exclusividade do Procurador-Geral da República, cargo que era de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República e, no momento em que fora instituída, o Brasil encontrava-se em um regime de exceção.

Isso significou, na prática, uma apropriação do instrumento pelo Executivo, visto que as demandas a serem levadas à apreciação do Tribunal em controle de constitucionalidade

³⁶ De acordo com o art. 91, inciso IV CF/34: Art. 91 - Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

³⁷ Gustavo Binembonjm (2004, p. 126) também visualiza na representação interventiva que permitia ao Procurador-Geral da República arguir a incompatibilidade de atos normativos estaduais com os chamados *princípios constitucionais sensíveis*, um movimento no sentido de do controle abstrato de normas. Isto porque instaurava uma lide concreta cujo escopo essencial era a suspensão da eficácia do ato impugnado. “De fato, o art. 13 da Constituição de 1946 dispunha que o Congresso Nacional deveria cingir-se a suspender a eficácia do ato atacado na representação interventiva — ao invés de cancelar o pedido de intervenção —, caso tal medida fosse suficiente para reconduzir a situação à normalidade.” (BINEMBONJM, 2004, p. 125-126).

seriam as pautas que lhe pudessem interessar, ou que não maculassem seus interesses. As demais pessoas físicas e jurídicas ficavam limitadas ao uso do controle difuso.

Além disso, cumpre pontuar que o Procurador, ao receber qualquer requerimento para a representação de inconstitucionalidade, possuía ampla discricionariedade para apreciar a plausibilidade da demanda, o que restringia significativamente o acesso das autoridades públicas e da sociedade civil em geral à Corte. Assim, em certa perspectiva, quando o Procurador decidia não propor as demandas a que era provocado, acabava, ele mesmo, declarando a constitucionalidade da norma. Portanto, pode se dizer que se tratava de uma *sociedade fechada de intérpretes da Constituição*, em que o cidadão ficava reduzido à condição de um espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional (BINEMBONJM, 2004, p. 127-128; PAIXÃO, 2007, p. 191, 202).

Assim, materialmente não significou um maior controle da legalidade, pois a competência para deflagrar a ação era concentrada e submissa ao Executivo, no momento histórico em que mais concentrou poderes no Brasil. Por essa razão este mecanismo, nesse primeiro momento, não teve grande impacto nas relações entre os Poderes, como teria no contexto democrático Pós-Constituição de 1988.

2.2.4.2 Supremo Tribunal Federal e seu desempenho no processo histórico brasileiro

Inicialmente, cumpre dizer que em alguma medida é possível se visualizar no Superior Tribunal de Justiça do Império o embrião que veio a dar origem ao STF, uma vez que era ele quem figurava como órgão de cúpula do Judiciário e no processo de transição aproveitou-se a maior parte dos juízes que compunham o Tribunal imperial para formar o STF. Todavia, enquanto no primeiro o papel se restringia a uma mera corte de cassação privada de competência política em favor do Poder Moderador, na Corte Republicana foram atribuídas responsabilidades e relevância muito maiores.

O Supremo Tribunal Federal nasceu junto com a República no Brasil³⁸. Sob a inspiração do modelo norte americano, a Constituição de 1891 buscou traçar as diretrizes

³⁸ A previsão do Supremo Tribunal encontrava-se no anteprojeto da Constituição de 1891, que foi convertido no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, a chamada Constituição Provisória, que vigorou enquanto os trabalhos da Assembleia Constituinte eram realizados. A Corte também teve seu funcionamento via decreto antes da entrada em vigor da Constituição Republicana, que foi disposto no Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890.

desse órgão à semelhança da Suprema Corte dos Estados Unidos.³⁹ (PAIXÃO, 2007, p. 114, 120).

Acerca da influência estadunidense, Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 119) aduz que ela se fez presente em toda a América Latina. Assim, como o modelo norte-americano é marcado pela presença de uma Suprema Corte forte, no curso histórico se observará que as coligações políticas na América Latina sempre hesitaram em conceder uma efetiva independência ao órgão de cúpula do Judiciário, com o receio de que o tribunal se tornasse potencialmente perigoso. Desta feita, é interessante se observar que conquanto essas Cortes concentrassem formalmente muito poder (dada a sua vasta competência e a capacidade de controle hierárquico), politicamente sempre foram fracas (ZAFFARONI, 1995, p. 120). Inclusive, na perspectiva do autor, esse modelo de Corte, se efetivamente tivesse garantido a sua independência tornar-se-ia de difícil controle, em razão dessa concentração de poderes.⁴⁰

Portanto, o que se verá é que a trajetória do Supremo Tribunal Federal para se afirmar no Estado brasileiro é marcada por movimentos de avanços e retrocessos que se intercalavam à conformidade das variações dos regimes políticos que se sucederam na história republicana do país. A própria Corte não dispunha de solidez institucional suficiente para fazer frente ao Executivo, que ao exemplo dos demais países latino-americanos concentrava amplos poderes.

Assim, nas vezes em que a Corte, de algum modo, se impôs enquanto óbice aos projetos do Executivo se observará que a própria instituição foi aviltada, ora com aposentadorias compulsórias de ministros com orientações contrárias aos projetos políticos; ora com o aumento do número de ministros a serem nomeados pelo Executivo, construindo uma maioria alinhada aos seus interesses; e, por fim, com a exclusão de matérias centrais à manutenção dos regimes da apreciação do Judiciário. Desse modo, até o advento da Constituição de 1988, não figurou como um contrapoder ao Executivo capaz de assegurar os

³⁹ O STF possuía uma dupla ordem de atribuições: por um lado foi concebido como um tribunal de jurisdição ordinária, com competência originária e recursal, a primeira versando sobre aqueles que possuíam foro especial por prerrogativa de função e a segunda como terceira instância de determinadas decisões da justiça estadual, e como único tribunal de segunda instância da justiça federal; por outro lado, o Supremo Tribunal Federal também fora dotado de atribuições típicas de uma corte constitucional, como a guarda dos direitos fundamentais, a fiscalização das instituições democráticas e o papel de árbitro nos conflitos entre órgãos de soberania, bem como nas relações decorrentes do sistema federativo (PAIXÃO, 2007, p. 125). Desse modo, observa-se que o órgão concentrava amplo conjunto de funções, na esteira do modelo norte americano e de sua Suprema Corte.

⁴⁰ A análise que empreende Raúl Zaffaroni se dá no sentido de observar as similitudes dos modelos judiciários da América latina. Ainda que reconheça a dificuldade de se empreender tal análise, dada as muitas diferenças dos regimes, diz ser possível observar características gerais quando se procede através de uma análise dinâmica, isto é, mediante uma explicação histórica dos jogos de Poder. Portanto, essa ponderação feita com base nesse autor não se trata especificamente do STF, mas de todos os órgãos de cúpula dos Judiciários Latinos (ZAFFARONI, 1995, p. 119).

direitos individuais, pois quando não estava alinhado às orientações desse Poder via sua própria independência violada.

Assim, ainda que não se pretenda analisar todo o desempenho histórico do Supremo Tribunal Federal até o advento da Constituição de 1988, algumas pontuações são dignas de nota⁴¹.

Na fase inicial, logo após a sua instituição, observa-se que o STF buscava ainda se afirmar e definir seu papel na República recém-proclamada. O Tribunal, nesse primeiro momento, era marcado pela precariedade das instalações físicas, pela alta rotatividade em sua composição e pela mentalidade de muitos de seus ministros — formada sob as instituições imperiais — refratária às mudanças. Assim, encontravam dificuldade em assumir as funções designadas pela Constituição de 1891. A jurisprudência era bastante conservadora, sendo marcada mais pelos direitos fundamentais que não protegeu e pelos limites aos excessos do Poder Executivo que não conseguiu impor (PAIXÃO, 2007, p. 113, 127, 236-237).

Após os primeiros anos de trabalho bastante contido, a Corte procedeu a ampliação de seu papel institucional (1897-1926), assumindo o exercício das funções políticas que o constituinte de 1891 lhe reservara. Representativo desse momento é a sua interpretação ampliativa do instituto do *habeas corpus* — o que ficou posteriormente conhecido como a *doutrina brasileira do habeas corpus* —, possibilitada em virtude de a Constituição de 1891 ao prever o instituto não fazer menção expressa ao direito de locomoção⁴². Isto permitiu que o Tribunal utilizasse o *remédio constitucional* para suprir a falta de norma processual que amparasse os demais direitos fundamentais que, certos e incontestáveis, viam-se violados e necessitavam de imediato meio protetivo (DANTAS, P. R., 2010, p. 308). A corte entendia que lhe cabia proteger esses direitos, uma vez que tinham por pressuposto a liberdade de locomoção.

Nesse período, a composição do STF fora mais estável, o que lhe permitiu firmar entendimentos jurisprudenciais. Todavia, a ampliação de suas atribuições não se deu sem

⁴¹ Para a realização desse escorço histórico, adotou-se a periodização desenvolvida por Leonardo Paixão (2007), em sua tese de doutorado. O autor levou em conta a história política brasileira republicana — com seus movimentos de ruptura e restauração democrática — e as Constituições correspondentes a cada um desses momentos políticos. Todavia, como procurou dar ênfase ao próprio Tribunal, a periodização se deu conforme os movimentos da jurisprudência. Assim, procurou dividir as fases a partir da análise do desempenho de suas funções políticas. O autor chegou a sete períodos: 1) Fase inicial (1891-1897); 2) Fase de ampliação do papel institucional (1897-1926); 3) Fase de contenção imposta (1926-1945); 4) Fase de contenção voluntária (1945-1964); 5) Fase de enfrentamento (1964-1968); 6) Fase de esvaziamento da competência (1968-1988); 7) Fase de retomada do exercício das funções políticas (PAIXÃO, 2007, p. 112-113).

⁴² O artigo 72, §22 da Constituição de 1891 que instituiu o *habeas corpus*, possuía a seguinte redação: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.”

resistência e choques com o Poder Executivo. Assim, tem-se, por exemplo, que em 1911 o Presidente da República Hermes da Fonseca recusou-se a cumprir *habeas corpus* concedido pelo Supremo Tribunal Federal, encaminhando suas justificativas ao Congresso Nacional, que o apoiou (PAIXÃO, 2007, p. 113, 135, 138, 237).

Na sequência desse período de cerca de trinta anos, no qual o Tribunal teve uma postura mais expansionista de suas funções, seguiu-se um período de vinte anos (1926-1945) de reação contra esse movimento da Corte. Essa reação veio primeiro por meio da Emenda Constitucional de 1926 à Carta de 1891⁴³. Em seguida, por meio de medidas autoritárias adotadas após a Revolução de 1930. Assim, o Tribunal passou a viver uma fase de contenção (imposta) de sua função política, que se estendeu por todo o período do primeiro governo Vargas, até 1945 (PAIXÃO, 2007, p. 113, 150).

Quanto às medidas autoritárias, ressalta-se que tão logo Getúlio Vargas ascendeu o poder, após a Revolução de 1930, operou uma série de medidas no sentido de centralização das competências em suas mãos. No âmbito do Poder Judiciário, através de decreto (Decreto nº 19.398) excluíram-se da apreciação judicial os atos praticados pelo governo provisório. Também se determinou que os funcionários públicos e magistrados perdessem as garantias de seus cargos. Assim, em fevereiro de 1931 foram aposentados compulsoriamente 6 ministros dos 15 que compunham o STF e na sequência reduziu-se o número de ministros para 11, como meio de domesticar a corte que não se mostrava alinhada ao governo provisório (PAIXÃO, 2007, p. 153-154).

Em fevereiro de 1934 a situação que se tinha era de que seis dos onze ministros tinham sido nomeados por Getúlio Vargas. Ao término do ano de 1937, apenas um dos onze ministros não havia sido nomeado pelo Presidente (PAIXÃO, 2007, p. 163). De modo que ainda que não tenha sido inteiramente dócil ao Executivo e tenham ocorridos alguns embates, o fato é que a Jurisprudência nesse período fora bastante contida (PAIXÃO, 2007, p. 159, 165).

Após esse complexo de medidas, o que se averiguará é uma Corte, se não totalmente subserviente ao Executivo, que comungava da mesma visão de mundo. Assim, diante de todas as amarras que tinham sido colocadas, pouco produziu o Tribunal que pudesse ser considerado exercício de função política (PAIXÃO, 2007, p. 164). Ademais, teve uma postura

⁴³No que toca à Emenda de 1926, destaca-se que ela limitou o alcance do *habeas corpus* ao direito de locomoção, deixando os outros direitos individuais sem uma proteção jurídica eficaz. Alterou a competência da Justiça Federal — e do Supremo Tribunal Federal — retirando-lhes a capacidade de apreciar a legalidade dos atos de intervenção nos Estados, declaração de Estado de Sítio, questões relativas aos mandatos dentre outras. Mas também lhe ampliou a competência recursal no que toca as questões decididas nos Judiciários estaduais (PAIXÃO, 2007, p. 150-151).

tíbia na proteção aos direitos políticos durante a égide das Constituição de 1934. Leonardo Paixão destaca o caso de Olga Benário:

O [...] *habeas corpus* foi um dos casos mais marcantes da história do Supremo Tribunal Federal. Foi impetrado por Heitor Lima em favor de Maria Prestes, ou Olga Benário, que havia sido detida como estrangeira perniciosa à ordem pública e encontrava-se ameaçada de expulsão do território nacional. O pedido era para que fosse julgada no Brasil por eventuais crimes aqui cometidos, alegando-se a gravidez da paciente, que era companheira de Luís Carlos Prestes, comandante da Coluna Prestes. Denegado o *habeas corpus*, a paciente foi posteriormente entregue ao regime nazista alemão e veio a falecer em um campo de concentração. (PAIXÃO, 2007, p. 168).

Depois do conjunto de atos atentatórios à independência do STF que modificaram a instituição, irá se verificar uma fase na qual voluntariamente a Corte adotou uma postura comedida. No período de democracia que vigorou entre 1945 a 1964, observa-se que o Tribunal, mesmo tendo recobrado suas prerrogativas, não assumiu um desempenho político importante. Integrado por ministros em sua maioria constituídos no período de exceção e num cenário que os poderes Legislativo e Executivo recobravam o exercício normal de suas funções, ficou mais contido, deixando o protagonismo político para os representantes eleitos. Assim, nas oportunidades em que foi chamado a decidir, optou por preservar os atos dos outros ramos do Poder, seja porque de fato concordava com tais orientações, seja por entender que aos representantes eleitos cabia o papel preponderante na definição do interesse público e dos meios para implementá-lo (PAIXÃO, 2007, p. 113, 169, 174, 237).

Em termos do exercício de suas funções políticas, na jurisprudência do período verificou-se frequentemente que se reafirmava a competência da Corte, mas no mérito evitava-se interferir na deliberação do Poder Legislativo (PAIXÃO, 2007, p. 175). Na proteção de direitos individuais, mais especificamente no que tange à proteção dos direitos políticos, notou-se que em determinado momento a instância não foi eficaz em protegê-los.

Pontua-se o exemplo do Partido Comunista, que teve seu registro partidário cassado em 1947 pela Justiça eleitoral. A denúncia apontava as ações do partido na promoção de greves e da luta de classes, vinculação com o comunismo soviético e violação dos princípios democráticos e direitos fundamentais do homem. Ao fim, operou-se a cassação, ao argumento de que seu programa partidário era colidente com o regime democrático, sobretudo, no que toca ao pluripartidarismo. Alinhava o relator que “[...] a ninguém é lícito negar que a doutrina do partido seja a marxista-leninista, o que constitui, por outro lado, uma atividade positivamente colidente com os princípios democráticos” (TRIBUNAL SUPERIOR

ELEITORAL, 1947, online).⁴⁴ Contra a decisão foi interposto Recurso Extraordinário que não foi conhecido pelo Supremo. Em decorrência do cancelamento do registro partidário, os vereadores, deputados e o Senador Luís Carlos Prestes tiveram seus mandatos cassados e também quando buscaram valer-se dos meios jurídicos, através de mandados de segurança, a decisão da Corte foi contrária a manutenção de seus mandatos.

Por esta razão Leonardo Paixão diz que o Supremo — num primeiro momento, após a Segunda Guerra Mundial — teria aceitado a tese de que o Partido Comunista do Brasil teria atuações incompatíveis com o regime democrático (PAIXÃO, 2007, p. 182). Todavia, sete anos depois⁴⁵ não corroborou, para tolher direitos individuais, os argumentos que aceitara para dissolver o Partido Comunista. Passou, então a assumir “[...] uma postura tolerante quanto à liberdade individual de pensamento para adotar a ideologia comunista, mas refratária à existência de uma agremiação voltada à prática de ações concretas que visassem à implantação de um regime comunista no Brasil.” (PAIXÃO, 2007, p. 183).

Com o Golpe de 1964 e a instauração do Regime Militar, inicia-se uma fase de enfrentamento, marcada pela resistência do Supremo Tribunal Federal contra algumas decisões do governo militar. Este período duraria até a edição do Ato Institucional nº 5 em dezembro de 1968 (PAIXÃO, 2007, p. 113, 237). Importante que não se projete nessa fase um contorno maior do que de fato teve, o STF não assumiu nenhum tipo de compromisso de enfrentamento ao regime ditatorial e às violações dos direitos fundamentais que se operavam; sua postura foi de preservar a legalidade formal dos atos, independentemente do conteúdo material. Assim, não julgou *contra* a Constituição ou contra os atos institucionais. Mas tampouco permitiu que os governantes agissem além das atribuições conferidas por seus próprios diplomas legais. A Corte proferiu uma série de decisões contra atos de cassação de mandatos, decretação de prisões e instauração de inquéritos militares para investigação de civis. Exemplifica Leonardo Paixão que o Tribunal: “[c]oncedeu *habeas corpus* e invalidou atos do regime, muitas vezes constando, dos votos de alguns Ministros, manifestações políticas favoráveis aos ideais desse mesmo regime. Foi como se a Corte dissesse: ‘concordo com o conteúdo, mas a forma há que ser juridicamente válida’.” (PAIXÃO, 2007, p. 225).

⁴⁴ O dispositivo utilizado como referência era o art. 141, § 13 da Constituição de 1946: “É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.”

⁴⁵ “Em 1954, um mandado de segurança foi impetrado por João Cabral de Melo Neto contra ato do Presidente da República, que o colocara em disponibilidade com base em parecer do Conselho de Segurança Nacional, segundo o qual o impetrante professava a ideologia comunista e havia compartilhado de planos de atividades subversivas do extinto Partido Comunista do Brasil. O relator do caso foi o Ministro Luiz Gallotti e a Corte, por unanimidade, concedeu a segurança, por entender que faltava previsão legal para a decisão de colocar o impetrante em disponibilidade (PAIXÃO, 2007, p. 183).

Mesmo esse freio, estribado em uma legalidade formal, fez incomodar os militares. Neste diapasão, como meio de se dissuadir os empecilhos colocados pelo Tribunal, em 27 de outubro de 1965, o Presidente Castello Branco editou o Ato Institucional nº 2 que, no que tange as atividades da Corte máxima brasileira, importou nas seguintes alterações: a ampliação do número de ministros, de onze para dezesseis; a suspensão das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade; e a proibição de apreciação, pelo Poder Judiciário, dos atos praticados pelo comando do regime militar para construção da “nova ordem.” (PAIXÃO, 2007, p. 190).

Os militares buscavam os mesmo objetivos que as medidas de Getúlio Vargas alcançaram décadas antes. Assim, com o aumento do número de integrantes da Corte, pretendia-se — através do preenchimento dos novos cargos com ministros alinhados ao Executivo — promover uma sensível alteração jurisprudencial, sem que para isso fosse preciso aposentar compulsoriamente os dissidentes. Por meio da exclusão da apreciação judicial das “matérias sensíveis” ao regime, retiram-se as bases jurídicas para que o Tribunal seguisse concedendo as ordens de soltura e salvo conduto.

Aqui é oportuno recuperar a ideia de Boaventura de Sousa Santos (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 30) segundo a qual a vedação do conhecimento pelos Tribunais de matérias politicamente essenciais ao regime, que poderiam ser fontes de controvérsias, permitia, em seguida, que esses tribunais seguissem operando normalmente. Mais do que isso, uma vez neutralizado politicamente, era possível lhe conceder ainda mais Poder, pois como lembra Eugenio Raul Zaffaroni (1995, p. 120), tornava-se mais fácil o controle de uma estrutura rigidamente verticalizada na qual a cúpula concentra grandes poderes, pois ao se ter o controle desse órgão, domestica-se o restante do Poder Judiciário.

Desse modo, operou o Regime Militar: feita a supressão da competência para apreciar atos do regime e implementadas as modificações na composição da Corte, em 26 novembro de 1965 foi aprovada a EC nº 16, que introduziu a ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro e, por conseguinte, o modelo de controle abstrato. Assim, dado o contexto histórico em que foi introduzida, fica claro as razões pelas quais o instrumento de fato não aumentou o controle da legalidade dos atos, servindo muito mais para um maior controle da jurisprudência brasileira.

Ora, este conjunto de restrições impostos pelo AI-2 em 1965 não foi suficiente para neutralizar a Corte, que em alguma medida seguiu na linha de cumprimento das normas vigentes. Dessa forma, quando o regime resolveu aprofundar o autoritarismo, se fizeram impingir novos golpes na independência do Tribunal.

Assim, em dezembro de 1968 o governo editou o AI-5 e com base nele, dentre outras medidas, aposentou compulsoriamente três ministros. Na sequência, em ato de protesto, outros dois pediram aposentadoria, ficando o Tribunal com 11 dos 16 ministros. Em lugar de preencher as cinco vagas resultantes desses eventos, em fevereiro de 1969 foi editado o Ato Institucional nº 6, que reduziu novamente para onze o número de cadeiras do Supremo Tribunal Federal, tornando desnecessário o preenchimento das cinco vagas. Desse modo, em 1969 a maioria dos membros já havia sido nomeada pelos presidentes militares, o que reduziu consideravelmente os atritos entre o Executivo e o Tribunal. “Assim como Vargas fizera em pouco mais de três anos, em cerca de cinco anos o regime militar providenciou a renovação de mais da metade do Tribunal.” (PAIXÃO, 2007, p. 199-200).

A partir do momento em que se alcançou um tribunal majoritariamente composto por membros indicados pelo Regime Militar, mas principalmente, no momento em que a própria legalidade foi alterada (AI-5 e AI-6), as tensões entre o Supremo e o Executivo cessaram. Assim, na sequência dos quatro primeiros anos de embate, assistiu-se há quase vinte anos (1968-1988) de alinhamento ao Regime. Paixão menciona que simbólico dessa interação foi a atuação do Tribunal no processo de redemocratização que contribuiu para que se desse no ritmo estabelecido pelo Planalto (PAIXÃO, 2007, p. 201).

A Constituição de 1988 representa verdadeira ruptura no que concerne ao papel desempenhado pelo Judiciário e, sobretudo, pelo STF. Justamente em razão dessa quebra é que se verá uma atuação bastante diferenciada a partir desse marco. Antes de se tratar a respeito das mudanças promovidas por esse estatuto político na jurisdição brasileira, algumas considerações de ordem geral acerca do desempenho do STF em todo esse período antecedente revelam-se oportunas para que o contraste entre esses dois momentos possa ser visualizado.

Primeiramente nota-se que não há como se falar que houve uso do Tribunal para a proteção ou concretização de direitos de caráter social e econômico, conquanto desde a Constituição de 1891 eles já estivessem positivados (SILVA, 2005, p. 82). Todavia, no que toca aos direitos de caráter individual, vislumbrou-se momentos em que a Corte serviu de instrumento para garantir a sua inviolabilidade, mas também ficou claro que tinha capacidade de proteção bastante limitada, não foi um espaço institucional de defesa inarredável das garantias individuais capaz de proteger o cidadão nos momentos de maior tensão política e de maiores violações. Não obstante ofertasse alguma resistência inicial, quando pressionado pelo Poder Executivo, acabava perdendo sua capacidade de *locus* protetor.

No que tange a sua relação com os demais Poderes, observou-se que o Supremo queria se consolidar institucionalmente. Procurou firmar a sua competência como intérprete final da Constituição, mas, sendo o órgão politicamente mais fraco, evitou o confronto com os demais poderes sempre que possível. Assim, foi constante em sua história o movimento de afirmar sua competência para o controle dos atos que descumprissem a Constituição, mas no mérito decidir de forma sintonizada com as diretrizes traçadas no âmbito Legislativo e Executivo. Sua postura durante o período é marcada mais pela autocontenção.

2.2.4.3 A Constituição de 1988 e papel institucional destinado ao STF

A partir de então cumpre compreender quais modificações empreendidas pela Constituição de 1988 possibilitaram que o STF ocupasse um papel institucional mais destacado. Não se trata de reproduzir tudo o quanto já foi dito a respeito do modelo constitucional brasileiro e de como a extensa positivação de direitos fundamentais possibilitou ao Judiciário o conhecimento de questões até então debatidas apenas no âmbito político. Pretende-se centrar nas alterações que refletiram de modo mais direto no Supremo Tribunal Federal.

Preambularmente, cumpre dizer que a Constituição de 1988 significou para o Brasil a passagem de um Estado Legal de Direito para um Estado Constitucional de Direito⁴⁶. No primeiro, a Constituição era entendida como um documento político que dependia da conformação do legislador e do administrador para ser aplicada, nesse sentido a atividade legiferante era central (sendo ela realizada seja pelo Legislativo ou pelo Executivo). No segundo, a Constituição não se junte apenas a disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, passa a estabelecer limites para o seu conteúdo e impõe deveres de atuação ao

⁴⁶Diz-se que esta passagem ocorrera no Brasil somente com a Constituição de 1988, pois não se podia verdadeiramente dizer que num regime que convivia com Atos Institucionais — verdadeiras manifestações de um Poder constituinte paralelo — tinha a Constituição como condicionante de toda a normatividade.

“O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.” (SARMENTO, 2010, p. 246-247).

Estado. Assim, neste modelo, a validade das leis depende não só da forma de sua produção, mas também da coerência de seus conteúdos com as balizas constitucionais (BARROSO, 2012, p. 3-4; FERRAJOLI, 2009, p. 14, 18). Num Estado Constitucional não basta que o poder seja conferido e exercitado na forma da lei, ele também deve ser por ela limitado, que o condiciona em sua forma e conteúdo (CAMPILONGO, 2011, p. 44).

Esta passagem significou, portanto, que a Constituição de 1988 assumiu a centralidade do ordenamento jurídico emanando suas diretrizes sobre todas as demais normas. Assim, sendo a validade das normas condicionadas pela sua adequação à Constituição, natural que a função de controle de constitucionalidade ganhasse maior importância a partir desse marco.

Ainda nessa linha é de se notar que houve um expressivo aumento do número de matérias trazidas para o corpo da Constituição de 1988. O constituinte buscou dar maior proteção a matérias que anteriormente ficavam relegadas ao processo político ordinário⁴⁷. Dessa forma, se existem mais disciplinas sob as quais a Constituição estende suas estipulações, há, reflexamente, maiores possibilidades de ocorrerem violações a essas normas e, portanto, o controle de constitucionalidade se espraia por mais assuntos, crescendo em importância.

Além disso, observa-se que houve uma proliferação do instrumental jurídico. Novas ações foram criadas para permitir um maior acesso do cidadão ao Poder Judiciário, como por exemplo, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo. No âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, para além da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, também existem a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ocorre que esse arsenal jurídico acaba por desaguar no Supremo Tribunal Federal, também em decorrência do modelo constitucional. A Corte possui uma ampla competência — originária, recursal ordinária e recursal extraordinária. É simultaneamente um tribunal de jurisdição ordinária e uma corte constitucional. Desse modo, se configura como o vértice no qual confluem os dois modelos de controle de constitucionalidade que coexistem no país.

Por um lado, lhe chegam, sobretudo em grau de recurso extraordinário, questões constitucionais incidentais, surgidas de processos subjetivos em que os litigantes transitam por todas as instâncias até chegarem ao STF para que obtenham a *palavra final* acerca da constitucionalidade da norma em questão. Trata-se da via através do modelo difuso de controle.

⁴⁷Segundo Luís Roberto Barroso constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis (BARROSO, 2012, p. 6).

Por outro lado, através de sua competência originária, chegam as ações objetivas de controle abstrato. Esse controle foi redimensionado com a Constituição de 1988, possuindo um uso muito maior do que se viu no modelo instaurado em 1965. Isso se deu principalmente pela ampliação do rol de legitimados⁴⁸. Permitiu-se que diversos órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — pudessem provocar o STF a avaliar a adequação normativa (BARROSO, 2012, p. 7). Desse modo, diferentemente do que ocorria anteriormente em que apenas o Procurador-Geral da República podia utilizar-se dessa via, sob a nova Carta Política, ampliou-se o círculo de intérpretes constitucionais, o que tornou o controle abstrato mais efetivo, dado o maior número de agentes que “fiscalizam” constantemente a adequação entre as normas ordinárias e a Constituição.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal na arquitetura institucional estabelecida concentra importantes competências. Ainda que no modelo anterior essa estrutura já estivesse delineada, a partir de 1988, em virtude das mudanças imprimidas pela nova legislação constitucional, a Corte teve condições de passar a verdadeiramente assumir o papel que a Carta Maior lhe designara. Sobretudo porque com a redemocratização o órgão recuperou sua independência, e pode passar a controlar mais livremente os demais poderes.

É bem verdade que nos primeiros anos pós-Constituição o desempenho do Tribunal ficou bem aquém do esperado, assumindo um papel conservador. Em um momento em que os instrumentos ofertados pela Constituição poderiam ajudar a pressionar o legislador ordinário a dar eficácia as suas disposições, o Tribunal optou por uma interpretação restritiva de ações como o Mandado de Injunção e do Controle de Constitucionalidade por Omissão, além de interpretar restritivamente os direitos fundamentais sociais da constituição (VIANNA et al., 1999, p. 42; PAIXÃO, 2007, p. 225).

Entretanto, a medida que os ministros nomeados foram sendo substituídos por ministros investidos em uma ambiente democrático — e na medida que este próprio ambiente democrático foi se consolidando — verificou-se que o órgão foi assumindo maior proeminência social.

Na situação hodierna o que se verifica é que o Supremo Tribunal Federal possui um destaque ímpar na sociedade brasileira, com uma projeção bem maior que nos outros períodos

⁴⁸CF/88 Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

históricos, sendo um espaço institucional privilegiado para a resolução dos mais diversos conflitos. Daí afirmar, com razão, Luis Roberto Barroso que quase todas as questões de relevância política social ou moral foram discutidas ou já estão postas em juízo para serem analisadas pelo STF, trazendo a seguinte exemplificação:

(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). [...] Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS). (BARROSO, 2012, p. 7).

Ainda se poderia ampliar essa lista aduzindo mais algumas atuações recentes da corte no âmbito de sua jurisdição constitucional. Assim, aponta-se, por exemplo, em 2011 o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, em igualdade de condições em relação às uniões heterossexuais (ADPF 132/RJ e ADIn 4.277/DF); a constitucionalidade das passeatas e manifestações públicas favoráveis à descriminalização do consumo de drogas (ADPF 187/DF); a abrangência dos plebiscitos realizados como etapa prévia à modificação do quadro de estados e municípios da Federação (ADIn 2.659/DF) (BARROSO; MENDONÇA, 2012, online).

Em 2012 se destacam os julgamentos a respeito da constitucionalidade e aplicabilidade a fatos anteriores da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) (ADCs 29/DF e 30/DF, ADIn 4.578/DF); também se verificou a adequação normativa da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (ADC 19/DF e ADIn 4.424/DF) com a sua respectiva declaração de constitucionalidade com a ressalva da regra que condicionava a ação penal à representação da vítima (BARROSO; MENDONÇA, 2013, online).

No ano de 2013 poderia se apontar controle jurisdicional sobre políticas públicas complexas (RE 440.028; AI 759.543); Controle jurisdicional do devido processo legislativo: ordem cronológica dos vetos, criação de novos partidos e regime de demarcação das terras indígenas (AgRg no MS 31.816; AgRg no MS 32.033; MS 32.2620; e a respeito da inconstitucionalidade dos precatórios (ADI 4.357 e ADI 4.455) (MENDONÇA, 2013, online).

Ora, visualizar essa extensa lista de temas políticos sendo decididos em um órgão de caráter jurisdicional ilustra a maior fluidez que se estabelece na fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo (BARROSO, 2012, p. 5). Desse modo, observa-se que o STF tem exercido um papel singular. Não se pode mais compreender o funcionamento da democracia brasileira sem que aborde a contribuição do Supremo Tribunal Federal como instância de reflexão institucional sobre os temas mais importantes para o país (BARROSO; MENDONÇA, 2013, online).

Observa-se assim, que mais do que exercer um papel contramajoritário, em algumas matérias, notadamente nas questões relacionadas à concretização dos direitos sociais e à modernização das instituições políticas, o STF tem servido como canal para buscar anseios sociais antigos, inclusive alguns que jamais tiveram condição de se articular formalmente. Desse modo, o processo tem servido para que os cidadãos e grupos sociais submetam questões e deduzam seus pontos de vista no espaço público. Em alguns casos — sobretudo quando se trata de segmentos não representados ou que sofram rejeição nos ambientes de decisão majoritária —, a judicialização acaba sendo o canal de discussão mais acessível (BARROSO; MENDONÇA, 2012, online).

Assim, dentro dessa realidade institucional que se desenha é possível se suscitar duas questões que ganham relevo e merecem ser discutidas: a primeira é que nesse cenário em que política e direito se mostram mais integrados (ou mesmo interdependentes) a linha entre criação e interpretação do direito nem sempre é nítida; a segunda é que o STF ao assumir uma maior proeminência no cenário nacional passa a suscitar um debate acerca de sua legitimidade.

2.3 Da Criação Judicial do Direito à Caracterização do Ativismo Judicial Brasileiro

A argumentação tecida nos tópicos anteriores buscou demonstrar a intrínseca relação entre a aplicação e criação do direito. Restou delineado que, a partir do Estado Social, a margem de conformação facultada à arena judicial para criação do direito passou a ser ampliada, tendo esse movimento se intensificado nos Estados contemporâneos. Isso pôde ser verificado tanto na jurisdição ordinária quanto na jurisdição constitucional. No primeiro caso, sobretudo, em virtude da maior complexidade social e do fenômeno da inflação legislativa, que a despeito de multiplicar as leis, reduziu seu potencial regulamentador, facultando o fechamento normativo para o momento da aplicação. No segundo caso, destacou-se que o constitucionalismo pós-segunda-guerra, buscando dar um conteúdo substancial às

democracias, introduziu valores e princípios no ordenamento jurídico, valendo-se para tanto de normas caráter prospectivo e de textura aberta, que dada a sua maior flexibilidade normativa, também facultam ao magistrado maior capacidade de criação no momento de aplicação da lei.

Vislumbrou-se, portanto, que a maior plasticidade dada às normas se erigiu em mecanismo de estabilização dos ordenamentos jurídicos para conseguirem conformar dentro da normatividade a intensa e reiterada mudança de uma sociedade notadamente plural. Desse modo, o que se observa é que a própria conjuntura social demanda uma maior criatividade judicial. Disso decorre a afirmação de que, contemporaneamente, o funcionamento dos sistemas jurídicos enseja uma maior criação normativa por parte dos juízes na apreciação do caso concreto.

Se no âmbito das relações políticos-institucionais já se explicitou como esse processo se operou, cumpre agora aduzir que no âmbito da dogmática jurídica esta ideia (criação judicial) representou uma verdadeira ruptura com a percepção tradicional da atividade judiciária e na compreensão do fenômeno jurídico.

No positivismo jurídico do século XIX, a atividade interpretativa era concebido como um ato de conhecimento de um dado pronto e acabado, (RAMOS, 2010, p.61). Na proposta teórica de Hans Kelsen, já se reconhecia ser a criatividade inerente ao processo aplicação da lei pelos órgãos judiciais⁴⁹. Todavia, em virtude da incidência de normas estranhas ao direito (moral, justiça, valores sociais) nesse momento de criação, e, dada a busca do autor pela pureza do direito positivo, entendeu que esses aspectos de criação não deveriam ser matéria a se ocupar o direito positivo, uma vez que não eram um “[...] problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.” (KELSEN, 1998, p. 249). Mantinham-se, assim, as questões relativas à Teoria da Interpretação e ao uso da argumentação jurídica afastadas da dogmática, que deveria se ocupar apenas da cognição (RAMOS, 2010, p. 54).

Posteriormente, surgiram movimentos teóricos que buscavam demonstrar as limitações nesse modelo de compreensão da atividade interpretativa e que voltavam sua atenção para o aplicador intérprete, adotando uma visão cética no tocante à utilidade da compreensão de textos legislativos ou de precedentes judiciais (RAMOS, 2010, p. 60). Esses movimentos almejavam a descrição do fenômeno jurídico e das decisões judiciais como

⁴⁹Nessa linha informa Kelsen que “[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva [...]”. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.” (KELSEN, 1998, p. 249).

eles realmente são e não como deveriam ser. Nessa linha caminharam os movimentos do realismo jurídico, da teoria crítica e de boa parte das ciências sociais contemporâneas. Luís Roberto Barroso, resumindo esses movimentos, aduz que “[d]ecisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais.” (BARROSO, 2012, p. 29).

Todas essas dimensões trazidas nessas diferentes concepções teóricas comportam uma parcela de verdade e compõem o quadro do processo de aplicação da lei. Assim, primeiramente, não se pode negar a importância de o direito ter autonomia em relação à política. Isto é uma necessidade do próprio Estado de Direito. Deve haver uma vinculação das decisões judiciais às fontes normativas para que não sejam tomadas unicamente em virtude de razões políticas. Todavia, não se pode olvidar que essa autonomia será sempre relativa e que existem fatores extrajurídicos que também se incorporam as decisões judiciais, como os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política (BARROSO, 2012, p. 30).

As contribuições trazidas pela Teoria da Interpretação⁵⁰ e pela Hermenêutica Jurídica⁵¹ também tiveram papel fundamental para se firmar a ideia de que a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha — naturalmente — no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido

⁵⁰ Ainda que se tenha caminhado na argumentação tecida por uma análise de caráter institucional e estrutural de cunho sociológico para verificar que a criação judicial do direito ocorre no momento de sua aplicação, não se pode olvidar que as contribuições trazidas no âmbito da Teoria da Interpretação e pela Hermenêutica Jurídica foram essenciais para que se aclarasse como se dá essa inter-relação (aplicação-criação).

Assim, no âmbito da Teoria da Interpretação destacam-se as importantes contribuições de Hans-Georg Gadamer que recupera a concepção circular de Heidegger do processo de compreensão em geral e descreve o modelo de que se valeria a Hermenêutica Jurídica quando se trata da interpretação-aplicação de textos normativamente vinculantes (aquilo se chama de círculo hermenêutico). Aduz o autor que “Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.” (GADAMER, 1997, p. 402). Assim, quando existe um texto a ser interpretado o autor funde a sua pré-compreensão do objeto com a compreensão adquirida criando um novo texto. Deste modo, o intérprete forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. O ato de interpretar, portanto, implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá.

⁵¹ Igualmente se assinala — como feito na nota anterior — que também se mostrou como contributo importante, no campo do direito constitucional, as lições de Friedrich Müller que absorve as teses trazidas pela Teoria da Interpretação e desenvolve sua metódica estruturante. O autor entende que, no processo de interpretação e aplicação realizada nas instâncias judiciais, as normas vão sendo concretizadas tendo como referência os elementos normativos, mas também os elementos não normativos (fatos trazidos da realidade material a partir do âmbito da norma) (MÜLLER, 2005, p. 51).

porque, supostamente, estaria situado à margem da lei (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 117).

Desse modo, é possível se dizer que a percepção da atividade judicial atualmente reconhece que o processo de interpretação-aplicação não consiste em, tão somente, declarar ou reproduzir um direito já existente. O juiz contribui para a configuração desse direito, não de forma livre ou inteiramente desvinculada, mas sim a partir do texto a ser aplicado. Significa dizer que se trata de uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa (RAMOS, 2010, p. 63).

Neste cenário em que a atribuição de sentido é visualizada como sendo própria a todo ato interpretativo, a discussão acerca do Ativismo Judicial ganha notoriedade. Uma vez que a despeito da conotação pejorativa que foi dado a esse fenômeno, seu conceito se aproxima da ideia de criação judicial do direito. Inocêncio Mártires Coelho (2010, online) vai além e afirma que Ativismo Judicial seria apenas uma nova palavra com a qual se critica a velha criação judicial do direito e que não importaria em um extravasamento das atividades judiciárias.

Daí se dizer que o Ativismo Judicial não designa propriamente algo de novo, mas sim um fenômeno antigo (criação judicial do direito) que se encontra dimensionado com uma maior projeção, razão pela qual ganhou maior notoriedade e alguns novos contornos. Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1993, p. 21, 92) aduz que a questão colocada atualmente e sobre a qual se deve debater não é aquela concernente à existência de criatividade judicial, mas sim quanto ao alto grau na qual esta tem se projetado. Seria, então, um problema de natureza quantitativa, que se apresenta em razão dos mecanismos que tornaram o ordenamento jurídico menos preciso, acarretando um maior espaço para criação judicial. Isto teria propiciado seu consequente superdimensionamento.

Anteriormente já se cuidou de tratar a respeito do conceito de ativismo judicial⁵². Agora, de posse desse conceito e já se compreendendo todas as razões que tem promovido a maior vinculação entre criação do direito e atividade judicial, passa-se a analisar o fenômeno na realidade brasileira. Vislumbrando quais as razões que conduzem a esse superdimensionamento e em que medida esse ativismo tem influído na democracia.

Na casuística brasileira é fundamental se ter em mente a crise pela qual passam os poderes Legislativo e Executivo, tanto de um ponto de vista da representatividade, quanto de sua incapacidade de responderem e darem vazão às demandas sociais. Razão pela qual,

⁵² De acordo com o Capítulo Primeiro.

autores como Luís Roberto Barroso (2009, p. 6, 2013, p. 19, 2012, p. 11, 35) e Margarida Camargo, Alexandre Garrido da Silva e José Ribas Vieira (2009, p. 78) assinalam a intrínseca relação entre a retração do Poder Legislativo e a expansão da atuação do Poder Judiciário.

Assim, a força motriz a desencadear um maior ativismo judicial estaria no fato de que existe uma série de pretensões que não têm sido solucionadas nas instâncias políticas. Ao não encontrarem um espaço para resolução, estas demandas não se extinguem. Ficam interrompidas, em estado de latência, procurando novos espaços ou outras oportunidades para novamente ressurgirem até o momento em que sejam decididas. Desse modo, parte dessas demandas — que possuía conformação dentro das estruturas jurídicas e podiam ser judicializadas — encontrou no Judiciário um canal institucional que lhes pudesse dar vazão, abrindo-se a oportunidade para que os magistrados se manifestassem. É verdade que (historicamente falando) na maior parte das vezes se optou por não solucionar as demandas. Todavia, com a contínua repetição esse Poder em alguns momentos passou a se manifestar.

Daí se verificar que na verdade não se trata de uma substituição da política, mas sim a ocupação dos espaços vazios deixados pelos outros poderes (VIANNA et al., 1999, p. 258). Por isso a pertinência da ideia de *Vácuo de Poder* (BARROSO, 2012, p. 35) que aponta para o fato de que — como em um vácuo físico — outras forças tendem a afluir para preencher o espaço vago. O cerne da questão, portanto, é identificar o Ativismo Judicial como uma resposta a este vácuo de poder, no qual importantes questões sociais não encontram espaço para serem solucionados, em razão da inapetência das instâncias políticas ordinárias. Daí dizer Luís Roberto Barroso (2009, p. 17) que o ativismo se mostra como um mecanismo capaz de contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. As ponderações de Alexandre Walmott Borges e Ricardo Fernandes também caminham nesse sentido:

Assim, tem-se que a atuação judicial é funcional, acomodada ao sistema normativo das Constituições modernas, mesmo nas hipóteses de elastecimento do círculo original funcional. Mais ainda, essa funcionalidade pode ser explicada por necessidades de eficacização das disposições constitucionais, em momentos de inércia de outros órgãos ou de quebra funcional por parte desses outros órgãos (BORGES; FERNANDES, 2011, p. 74).

Nesta categoria analítica, observa-se que muito mais do que revelar uma busca institucional de expansão de suas atribuições⁵³, o que tem promovido a projeção do ativismo judicial é a grande carência de concretização de direitos, que não conseguem ser resolucionados pelas vias políticas ordinárias, funcionando os Tribunais como instâncias de canalização das querelas sociais represadas.

Há que se perceber, de acordo com a pontuação Jorge Galvão (2010, p. 145), que em sociedades nas quais existem profundas desconfiança dos poderes políticos instituídos — como ocorrera logo após o regime nazista na Alemanha e após a ditadura no Brasil — um Judiciário atuante capaz de exercer controle sobre os outros órgãos, é importante para a garantia das liberdades públicas e funcionalidade da democracia. Na mesma medida “[...] é justificável a atuação ativista por parte dos tribunais em uma sociedade com problemas sociais crônicos que impedem o pleno funcionamento da democracia, como era o caso da segregação racial nos Estados Unidos até a década de 50.” (GALVÃO, 2010, p. 145).

Por outro lado, numa sociedade em que as instituições funcionassem adequadamente a atuação judicial não teria espaço para alcançar tanta importância (LEAL, S. T., 2008, p. 13). Ora, é fácil perceber que no Brasil se o Poder Legislativo conformasse as prescrições constitucionais⁵⁴ (sobretudo, no que toca aos direitos fundamentais), o Judiciário teria menos espaço para intervir. No mesmo sentido, se tivesse um funcionamento adequado com um maior zelo na elaboração legislativa, sem normas com nítidas violações constitucionais, igualmente as leis seriam menos invalidadas (MONTEIRO, 2010, p.168; GALVÃO, 2010, p. 146-147).

Por essa linha argumentativa é possível se visualizar que um arrefecimento do fenômeno do ativismo judicial depende menos de reformas nos sistemas legais e mais da superação das crises pelas quais passam as outras funções do Estado, de modo a torná-las mais eficazes para atenderem os reclamos sociais. Luís Roberto Barroso chega a pontuar que o problema brasileiro não estaria no excesso de judicialização, mas na escassez de boa política.

⁵³ Não se olvida, todavia, na análise dos fatores que tem propiciado um maior ativismo judicial, que um deles seja a busca de expansão das atribuições tanto do STF quanto do Judiciário. Luís Roberto Barroso (2012, p. 35), chega a pontuar que a tendência de todo poder é a tentativa de expansão. Esta dimensão do ativismo equivaleria àquilo que Marshal chamava de ativismo jurisdicional (iv), ou como trazido por Margarida Lacombe Camargo, Alexandre Garrido da Silva e José Ribas Vieira (2009, p. 78) ativismo formal.

⁵⁴ Carlos Aberto Navarro Perez faz a seguinte pontuação acerca da discricionariedade legislativa: “Quando não obrigado constitucionalmente, razoável a decisão do Poder Legislativo em não legislar sobre determinada matéria, ao aguardo de suficiente informação ou amadurecimento da questão. Contudo, fere a razoabilidade a decisão de furtar-se ao cumprimento da função, em razão de incômodos causados por conflitos de natureza moral, relegando embaraços da decisão política ao Poder Judiciário.” (PEREZ, 2012, p. 139).

Nesse cenário, imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. [...] Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2013, p. 19)

Todavia, há que se alinhar que uma abordagem dessas questões de um ponto de vista institucional deve ser prudente para não incorrer em visões estereotipadas tampouco tratar as instâncias de modo assimétrico (OLIVEIRA, 2012, p. 8). Todos os poderes padecem de deficiências. Na oposição binária — que geralmente se coloca quando o assunto é controle de constitucionalidade — entre Judiciário/Legislativo é preciso tratar o tema a partir de uma perspectiva realista de ambas as instâncias.

Desta feita, se é verdade que o Legislativo é o poder que consegue melhor representar a pluralidade social, que goza de maior representatividade e condições para a tarefa de criação de leis; também é verdade que este Poder atualmente não tem conseguido atender todas as requisições sociais que lhe são feitas, tanto por fatores que se mostram estruturais nas sociedades contemporâneas (dificuldade de conformar todas as possibilidades em lei) quanto por deficiências em seu funcionamento (descompasso entre a vontade parlamentar e aspirações sociais, falta de concretização da Constituição).

Igualmente, no que toca ao Judiciário, também se deve reconhecer que a sua atuação tem sido funcional para a democracia, ajudando a efetivar as diretrizes estabelecidas na Carta Política e respondendo a conflitos não solucionados nas outras esferas. Mas, não se pode ignorar que esta instituição não tem o condão de substituir os Poderes Executivo e Legislativo, funcionando como oráculo que pudesse fornecer todas as respostas para as questões fraturais da sociedade. Tampouco se pode fechar os olhos para os inúmeros problemas que também possui o Judiciário.

Assim, se por um lado se vislumbra que o ativismo judicial pode ser parte da solução para os problemas de inefetividade dos direitos fundamentais que impingem a democracia brasileira; por outro, se reconhece que seu excesso pode ser prejudicial a esta. Na imagem de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial seria um antibiótico forte cujo uso deve ser eventual e controlado, pois em doses excessivas haveria o risco de se morrer da cura (BARROSO, 2009, p. 19). Não se pretende passar de uma jurisdição constitucional excessivamente contida para outra politicamente invasiva que ignore a autonomia dos cidadãos e de seus órgãos de representação popular (RAMOS NETO, 2009/2010, p. 3).

Ademais, deve se ter claro que conquanto o Judiciário possa exercer um importante papel no fortalecimento da democracia brasileira, não será o protagonista neste processo. Sua atuação é limitada. Aliás, deslocar artificialmente os conflitos não solucionados nas esferas legislativa e executiva para o âmbito judicial — elidindo desses poderes suas responsabilidades em face da demanda social apresentada e criando falsas expectativas de solução ao serem alocadas no Judiciário — somente gera frustrações e a deterioração da imagem pública desse órgão. Uma vez que sabidamente o Poder Judiciário não tem condições de atender a todas elas (ZAFFARONI, 1995, p. 33).

Assim busca-se abordar o tema sem promover distorções ou supervalorizações de ambos os Poderes (Legislativo e Judiciário), haja vista que a manutenção de posições polarizadas não tem contribuído para que se avance no debate sobre em que medidas o Judiciário (sobretudo, o STF) pode ser funcional no sistema político brasileiro.

Parece, então, que um tratamento com maior acuidade da questão deveria visualizar as críticas concernentes ao ativismo judicial e a ordem de problemas que podem ser suscitadas pela participação do Judiciário nas questões políticas, e a partir delas racionalizar o ativismo judicial no Estado Democrático de Direito.

Dentro dessa lógica, há que se pontuar que não é toda ordem de críticas com as quais se estabelecerá uma interlocução. Algumas delas não permitem o diálogo, por partirem de pressupostos analíticos distintos, nos quais o Poder Judiciário é identificado como um órgão politicamente neutro, cuja função se junte a aplicação da lei — nunca sua criação —, o que conduz a perspectiva de que o ativismo judicial importaria sempre numa violação à tripartição dos poderes e ainda que os magistrados não gozariam de legitimidade alguma para intervir criativamente na atuação dos demais poderes, por não serem investidos através de escrutínio público. Esta ordem de críticas que em síntese propugna que a atuação judicial seja restringida busca um retorno a um padrão de desempenho do Judiciário que não mais é possível nas sociedades hodiernas, além de não apresentarem soluções aos problemas concernentes à falta de concretização de direitos quando o Legislativo não atua. Daí a inviabilidade da comunicação.

No que tange às apreciações que visam discutir a problemática do ativismo judicial num Estado Democrático de Direito, discutindo-lhe seu papel, é possível se identificar três ordens de crítica: uma primeira dimensão que se preocupa com o problema da *arbitrariedade*; uma segunda que versa sobre a *capacidade dos tribunais*, e uma terceira que discute a *legitimidade democrática dos tribunais*.

No que tange ao problema da *arbitrariedade*, pondera-se que em virtude das características das normas princípio, sobretudo as constitucionais, que possuem um caráter mais aberto e conteúdo mais fluido, permitir-se-ia que o juiz moldasse a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas (SARMENTO, 2010, p. 259); o intérprete poderia atribuir às normas jurídicas o sentido que considerasse mais adequado (DIMOULIS, 1999), pois praticamente não existiriam limites para atribuição de sentido (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 161). Sucedem dessa linha de pensamento as preocupações com a segurança jurídica — tendo em vista que os textos normativos não fornecem balizas claras de comportamento, dependendo do arbítrio do intérprete — e também com a *partidarização da atividade judicial* que alude para a possibilidade de que, dado esse largo espaço em que o juiz pode atuar, suas decisões sirvam para expressar as diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica ou de outro grupo de poder, ao invés de traduzir os valores de justiça expressos na Constituição (ZAFFARONI, 1995, p. 96).

Daniel Sarmento (2010, p. 267) pontua ainda que na sociedade brasileira a utilização dos princípios seria marcada pela “invocação frouxa e não fundamentada” e que ademais não assumiria um potencial emancipatório, funcionaria mais como um mecanismo de cristalização de diferenças sociais, mantendo a hiperinclusão de uns, ao preço da exclusão de outros. Visto que implicaria na “[...] adoção de posturas estatais [...] benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados.” (SARMENTO, 2010, p. 267-268).

Quanto à questão da temática da *capacidade dos tribunais*, a crítica é que este espaço institucional muitas vezes não se mostra o mais adequado para resolver as demandas político-sociais que lhe são alocadas. Numa primeira perspectiva dessas limitações, aponta-se que são submetidos ao Judiciário, litígios de caráter complexo, que pressuporiam, muitas vezes, conhecimentos técnicos e sofisticados, tanto no domínio do direito, como no domínio da economia, da ciência e da tecnologia (MARQUES; PEDROSO; SANTOS, 1995, p. 20). Assim, por não dispor de todos esses conhecimentos o juiz não seria o árbitro mais qualificado. Diferentemente ocorre no Executivo e no Legislativo, visto que esses Poderes são equipados com órgãos técnicos especializados, que lhes permitiriam tratar esses problemas mais adequadamente (BARROSO, 2009, p. 16). Em uma segunda ótica, a *capacidade* refere-se ao fato de que o Judiciário foi estruturado para dirimir lides e casos concretos e que por isso não tem condições de avaliar os efeitos sistêmicos de como suas decisões repercutem

sobre as políticas públicas gerais (BARROSO, 2013, p. 17).⁵⁵ Como último fator a ser apontado, menciona-se que essa limitação é oriunda da própria dinâmica do sistema jurídico, que opera a partir de códigos binários, assim seus meios de resposta só estão preparados para decidir entre o legal e o ilegal, o constitucional e o inconstitucional (FARIA, 2004b, p. 111); não possuem flexibilidade para ponderar e conciliar a nível global interesses legítimos dispersos na sociedade (FERREIRA FILHO, 2012, p. 236).

Finalmente, no que concerne a terceira ordem de críticas, que trata da *legitimidade democrática*, pontua-se que a objeção questiona a razão de o ato de densificação e atribuição de sentido ao conteúdo das normas constitucionais ser feito por um órgão cujos membros não são eleitos democraticamente. Aponta-se, desse modo, para a dificuldade de que nas grandes questões sociais (desacordos morais) as decisões são tomadas por órgão que não expressam a vontade popular (WALDRON, 2006, p. 1391). E, em última dimensão, aponta para o fato de que há uma carência de controle democrático das entidades judiciais, uma vez que o aumento de funções que passaram a desempenhar não se fez acompanhar de formas de controle e participação democrática (VIEIRA, 2008, p. 446).⁵⁶

Reconhecida a pertinência dessas críticas, impõe-se uma nova questão no tratamento do ativismo judicial, é dizer: em virtude dos riscos que oferece ao sistema jurídico e à democracia brasileira, deve-se avançar buscando lhe minimizar e corrigir suas vicissitudes, uma vez que tem se mostrado importante meio de garantir e concretizar direitos fundamentais? Ou deve-se retroceder e buscar extirpar esse fenômeno da sociedade?

Ora, se tomada toda a argumentação tecida, parece ser bastante óbvio que se caminha nesse trabalho pelo aperfeiçoamento do fenômeno. Isso porque, como se parte de um conceito de ativismo que se aproxima da ideia de criação judicial do direito com perfil aditivo, e se buscou demonstrar diversas vezes que este maior espaço para atribuição dos sentidos da norma, é intrinsecamente ligado ao modelo social contemporâneo (não um disfuncionalidade do Judiciário), *não se entende ser possível extirpar o ativismo*. Ademais, reconhece-se a importância e utilidade que tem desempenhado (e pode desempenhar) no Estado brasileiro, de modo que *não se entende adequado erradicar o ativismo*. Assim, nesse viés analítico, parece que se consubstancia em contribuição científica mais relevante, buscar por meios que tornem o ativismo judicial praticado no Supremo Tribunal Federal mais adequado ao Estado democrático de direito.

⁵⁵ Exemplo disso se dá na judicialização do direito à saúde na qual as concessões de medicamentos e terapias através do Poder Judiciário tem impactado nas políticas públicas de saúde promovidas pelo Executivo.

⁵⁶ A temática da legitimidade democrática será aprofundada na discussão do próximo tópico desse capítulo.

Comumente os trabalhos que abordam o ativismo judicial centram-se na busca e construção de limites e balizas para orientar o processo de criação judicial do direito, objetivando desafiar o problema da arbitrariedade da decisão judicial⁵⁷. No âmbito das pesquisas que discutem a intervenção judicial em políticas públicas observa-se o tratamento da problemática dos limites e capacidades dos tribunais. Todavia, no tratamento do tema buscando elidir suas carências democráticas existe um campo muito amplo de discussões que podem ser travadas. Daí a opção por se tratar o fenômeno do ativismo judicial pela ótica de sua legitimidade democrática.

Não se nega a importância de se discutir os excessos que podem ser perpetrados pelo Poder Judiciário em seu ativismo judicial, tampouco da necessidade de se pensar parâmetros e balizas para essa atuação. Todavia, decidiu-se dar uma perspectiva diversa ao ativismo judicial praticado no Supremo Tribunal Federal, buscando reforçar um dos principais alvos de críticas dessa atuação: sua legitimidade democrática.

Para tanto, resta necessário avaliar em quais alicerces se fundamenta a justificação da atuação do Supremo Tribunal Federal, observando em quais aspectos ele é deficitário para em seguida, se poder pensar em mudanças.

2.4 A Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal: o modelo atual

Todo órgão que compõe um Estado democrático retira sua legitimidade do assentimento da população, seja de uma forma direta ou de uma forma indireta. O Supremo Tribunal Federal, igualmente, se insere dentro dessa lógica. De modo, que na configuração atual do Estado brasileiro, a Corte, para justificar sua atuação, lança mão de diferentes sustentáculos que embasam o desempenho das funções atribuídas pela Constituição Federal de 1988. Resta, então, desvendar nesse tópico quais são esses alicerces legitimadores, verificando ao mesmo tempo, em que medida eles apresentariam fissuras ou claudicariam diante do exercício de uma postura ativista do Tribunal.

É bem verdade que boa parte das discussões trazidas nesse momento já foram, de algum modo, pontuadas no início deste trabalho, quando se almejava apresentar a temática da legitimidade democrática no STF. Aquela primeira ponderação tinha por intuito orientar a leitura a ser feita do trabalho, apresentando o problema e delineando como ele seria abordado. Nesse segundo momento a legitimidade democrática do STF é colocada em perspectiva.

⁵⁷ Poderia se citar nesse sentido, os trabalhos de Elival da Silva Ramos (2010), Ricardo Vieira Fernandes (2010, 2012) e Luís Roberto Barroso que ao tratarem da temática do Ativismo se ocupam de verificar os seus limites.

Passa-se a desnudar com maior acuidade as fontes de sua legitimação, aprofundando aqueles apontamentos iniciais, com o fito de se obter uma análise holística das justificações de atuação da Corte brasileira.

De início, é possível retirar da ordem normativa importantes asserções da justificação da atuação do órgão. Assim, conforme se ponderou anteriormente, numa perspectiva formal poderia se dizer que o STF retira sua legitimidade da previsão legal feita na Constituição (art. 102) que lhe confere o dever de guardar a Carta Maior e também lhe atribui a competência para exercer o controle de constitucionalidade.

Para além disso, também se retira da letra do texto constitucional que, quanto à forma de investidura na função (legitimidade de origem), os ministros do STF possuem uma legitimação democrática indireta. Isto porque, de acordo com o art. 101 da CF, os membros da Corte são indicados pelo Presidente da República, agente político que conta com o maior respaldo popular numa república, uma vez que, dentre os cargos eletivos, é o que possui a maior anuência de votantes para que seja investido na função. Ademais, depois de indicado, o escolhido se submete à sabatina feita pelo Senado devendo ser aprovado por maioria absoluta. Ora, o fato dos senadores também passarem pelo escrutínio público, reforçaria o liame democrático da escolha, sem dizer que configuraria a participação do Poder Legislativo no processo. Não obstante a isso, de um ponto de vista de vista federativo, essa confirmação feita pelo Senado, tendo em conta que seus membros representam os estados e o Distrito Federal, serve a ideia de que a escolha do Ministro da Corte também se mostraria respaldada pelos entes políticos que compõe a federação.

Por essa raia de justificação, o fato de os juízes não serem sufragados não se mostraria enquanto uma vicissitude, sua legitimação se encontraria em outros aspectos. É mesmo de se notar que grande parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral (BARROSO, 2009, p. 11). Esta ordem de atribuições não fere, necessariamente, a democracia, pelo contrário, é possível se encontrar uma série de justificações que as compatibiliza com o ideal democrático.

A explicação mais comumente aventada faz remissão à relação que se estabelece, num Estado Constitucional Democrático, entre as ideias de democracia e constitucionalismo. Os conceitos são fruto de desenvolvimentos históricos distintos que em determinado momento se acoplaram, mas carregam dentro de si elementos antagônicos.

O constitucionalismo deita raízes no pensamento liberal e na necessidade da burguesia no século XVIII de estabilidade para o desenvolvimento de suas relações econômicas. A noção de democracia moderna, enquanto soberania popular e autogoverno, somente se agrega

a esse conceito posteriormente, por força dos movimentos sociais do século XIX, especialmente o movimento operário, os sindicatos e a constituição dos partidos políticos vinculados a esses agrupamentos. Por essa razão, diz Luis Quadros de Magalhães que o constitucionalismo nasce liberal e não democrático; acrescenta, ainda, que no pensamento liberal do século XVIII esses ideais eram incompatíveis (MAGALHÃES, 2012a, p. 46).

Enquanto o constitucionalismo significa estabilidade e segurança; democracia alude para a transformação, mudança, risco⁵⁸. Desta feita, observa-se que o Estado Constitucional Democrático se estrutura sobre uma constante tensão entre segurança e risco; entre mudança e permanência, entre transformação e estabilidade. A manutenção do equilíbrio entre essas ideias, que potencialmente podem se chocar, é uma busca constante. Por essa razão se diz que a democracia constitucional é construída sobre esta dicotomia: transformação com segurança; mudança com limites. A Constituição deve oferecer, portanto, segurança nas transformações decorrentes do sistema democrático.

Entendida essa ideia, observa-se então que a questão levantada é a seguinte: numa democracia constitucional nem todos os temas estão abertos à deliberação majoritária. Existe um núcleo duro que não pode ser tocado sem que se tenha que alterar todo o pacto social, isto é, que só poderia ser modificados em momentos de ruptura, no gozo do Poder Constituinte. Nos Estados contemporâneos esse núcleo são os direitos fundamentais

Assim, se vislumbra onde se situaria o papel desempenhado pela jurisdição constitucional: na guarda de valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial da maioria. Significa dizer que a missão do Supremo Tribunal Federal é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 11). Chega a mencionar Alexandre de Moraes (2000, p. 67) que haveria uma complementaridade entre o Parlamento que representa o princípio democrático da maioria e a Justiça Constitucional que representa as garantias do Estado de Direito e a defesa dos direitos da minoria. A soberania popular, encarnada pelos agentes públicos eleitos, e a proteção da Constituição, atribuída ao Poder Judiciário, se entrelaçam no Estado Constitucional Democrático Brasileiro.

Está presente, portanto a ideia de uma democracia qualificada, que não se resume ao princípio majoritário. É mesmo de se notar, que se acaso fosse entendida a democracia apenas enquanto o mero processo majoritário, como consequência se teria a atuação do STF sempre

⁵⁸José Luiz Quadros de Magalhães diz que é de se esperar que em uma democracia a mudança seja a tônica do regime. Isso porque, sendo a mudança própria ao gênero humano, uma sociedade na qual o destino de seus membros é fruto da vontade das pessoas que a integra, será uma sociedade em permanente transformação (MAGALHÃES, 2012a, p. 49).

como antidemocrática e, portanto, ilegítima quando se pusesse a revisar as leis. Visto essas serem feitas por representantes da população e restarem invalidadas por membros não eleitos (MENDES, 2008, p. 55; DWORKIN, 2006, p. 27, 31).

Esta quadra de compreensão serve, portanto, para afastar críticas superficiais ao desempenho do STF. A partir dela se pode aduzir que aquelas ações que, porventura, possam se mostrar contramajoritárias, não serão necessariamente antidemocráticas. Todavia, essa linha de argumentação possui limites. Estear a atuação da Corte com base nos direitos fundamentais enquanto sustentáculos do regime democrático não tem o condão de justificar toda a sua atuação, haja vista que nem todo direito constitucional se mostra como condição para o funcionamento de uma democracia (MORO, 2004, p. 127). Alguns deles impõem restrições, outros, por exemplo, versam sobre temas de direito ordinário, ainda há os que cominam orientações ao Estado. Dessa forma, essa justificação precisa ser entretecida com outra ordem de argumentos.

A complementação dessa ideia é feita, em boa medida, a partir do deslocamento da aferição da legitimidade democrática para o momento de elaboração das normas constitucionais. Isto possibilita que se defenda sua imperatividade, não somente porque elas permitem o funcionamento democrático, mas sim porque o momento de sua elaboração seria um momento de especial legitimidade democrática em que o povo se propõe a debater e estabelecer as bases de sua vida política. Assim, a Constituição deve ser considerada a lei fundamental que goza da maior legitimidade, desse modo deve ser preferida sua aplicação a uma lei ordinária. Esta defesa, feita pioneiramente na obra *O federalista*, aponta para o fato de que o Judiciário não estaria se sobrepondo ao Legislativo, mas sim reforçando a decisão do povo.

[...] não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são. (HAMILTON, 2003, p. 460).

A percepção de que em uma democracia existem momentos diferentes na tomada de decisões políticas permite romper o elo rígido entre democracia e soberania parlamentar. Nessa linha, Bruce Ackerman (2006) apresenta importante contribuição para o entendimento da questão, a partir de sua ideia de democracia dual.

Para o autor é possível se identificar dois tipos de decisão tomadas em uma democracia. A primeira é feita pelo povo, em tempos de uma “política constitucional”, e a segunda pelo governo, nos momentos de “política ordinária”. Os momentos de “política constitucional” são raros e só ocorreriam em circunstâncias de crise institucional, quando a participação política dos cidadãos é mais intensa, voltada mais para a discussão dos interesses coletivos do que dos interesses particulares. Assim, em virtude da forte colaboração popular alcançar-se-ia o grau de legitimidade esperado para a formação do processo constituinte, por isso se justificaria imputar à Constituição a plena vontade popular. Por outro lado, a “política ordinária” ocorre em momentos de normalidade constitucional, no qual a participação política estaria arrefecida, mais limitada às suas obrigações corriqueiras de cidadania, deixando ao governo e aos representantes eleitos a gerência da coisa pública. Desta forma, os vencedores da última eleição (membros do governo), alegando um escrutínio pautado em regras justas e livres, não poderiam subverter as garantias alcançadas pelo povo, nos momentos de “política constitucional”, uma vez que haveria uma diferença qualitativa no processo de deliberação. Esta subversão só seria possível caso se alcançasse mobilização necessária para deflagrar um processo constituinte. (ACKMERMAN, 2006, p. 7, 9; AGRA, 2005, p. 244-245)

Na concepção de Ackerman, o papel do STF não feriria a democracia. Ele rompe com a ideia de que o Poder Legislativo representa a soberania popular e de que o regime democrático é sinônimo de soberania do parlamento. A plena soberania popular manifestar-se-ia em momentos de crise, exigindo a participação dos cidadãos na formação do Poder Constituinte. Destarte, quando o Supremo Tribunal Federal em períodos de normalidade considera nula uma lei vinda do Legislativo, não estaria afrontando o princípio majoritário, mas sim garantindo que os direitos constitucionais não sejam corroídos pelas maiorias políticas momentâneas, dispostas a tratar de seus interesses individuais sem considerar os interesses coletivos (ACKERMAN, 2006, p. 16).

É bem verdade que a justificação com base unicamente nessa teoria apresentaria dificuldades. Primeiro porque Bruce Ackerman buscava conformar uma explicação para a realidade constitucional americana, o que implica algumas inadequações ao ser transportada para o Brasil. Segundo, porque não mostra claros parâmetros para diferenciar quando uma política ordinária se transmuta em política constitucional, havendo o risco de uma maioria transitória e sem legitimidade se apropriar do papel que exerce a função constituinte. Além disso, quanto aos direitos fundamentais, importante mencionar que a teoria não os coloca na condição de alicerces da jurisdição constitucional. São concebidos apenas como parte

integrante da carta magna, fruto da decisão política em um processo constituinte. São como as demais normas constitucionais (MORO, 2004, p. 130; AGRA, 2005, p. 249-250).

No entanto, a relevância de Ackerman é inegável para o fornecimento de novos elementos teóricos para a compreensão da magnitude inerente às normas constitucionais, com maior densificação de sua legitimidade auferida pelo Poder Constituinte, estabelecendo limites à atuação da maioria parlamentar (AGRA, 2005, p. 250).

A articulação então entre a ideia de que as normas constitucionais gozam de maior legitimidade democrática e a concepção de que a proteção de direitos fundamentais serve à manutenção do regime democrático, permitiria uma atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício de verificação da adequação normativa nos casos de evidente inconstitucionalidade, quando o legislador se pusesse a violar um direito patentemente protegido na Constituição de 1988. Uma vez que nesse conjunto de justificações a Corte estaria apenas fazendo valer decisões políticas que foram tomadas pelo constituinte e pelo povo. Ou seja, atuaria como a *longa manus* garantidora do respeito a um momento de maior legitimidade democrática.

Ora, esta justificação não é senão, a aplicação do modelo de Judiciário típico do Estado Liberal na jurisdição constitucional, tendo em vista que pugna pela neutralização da atividade jurídica, que se limitaria a aplicação de decisões políticas previamente tomadas e já conformadas na Constituição, como se operasse uma atividade mecânica de aplicação da lei. Esta ordem de explicações seria suficiente dentro da perspectiva kelseniana das funções de uma corte constitucional, de legislador negativo. Na qual cumpriria ao tribunal apenas retirar do sistema as leis que excedessem a liberdade de conformação do legislador concedida pelo Constituinte.

Esta lógica se mostra insuficiente na aferição da constitucionalidade de leis por parte do STF com referência às cláusulas vagas e imprecisas que definem muitos dos direitos fundamentais, visto comportarem uma clara dimensão de opção valorativa (política) feita pelos julgadores. Sobretudo, no que toca as práticas ativistas, nas quais a Corte interpreta as normas atribuindo sentido a essas expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como ocorre nos conceitos de dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, em que a Corte torna-se coparticipante do processo de criação do Direito. Isto porque, sob estes pontos de vista, o STF está atribuindo sentido as diretrizes expostas na legislação maior e necessitaria para tanto de um respaldo democrático, para este exercício. Justamente porque, ele, nesses momentos, toma decisões políticas, não se limitando a aplicar apenas deliberações tomadas anteriormente.

É de se pontuar, inclusive, que na perspectiva kelseniana não seria oportuno, numa democracia que optasse pelo modelo de Corte Constitucional, manter em sua constituição um caráter aberto e vago de normas, em virtude dessa discricionariedade facultada ao julgador⁵⁹ (KELSEN, 2003, p. 169). Daí que é preciso avançar nas investigações para se localizar em que fonte se estribaria uma atuação do Tribunal para além da figura de legislador negativo. Isto é, enquanto ator político legitimado democraticamente a interpretar criativamente as disposições constitucionais.

Como já se disse no início desse trabalho, a legitimidade democrática traduz a aquiescência da população para que determinado exercício de poder se desenvolva. Esta anuência não é fenômeno estático, que se contente com a sua manifestação uma única vez. Há a necessidade que este vínculo seja constantemente renovado e robustecido, justamente pelo seu caráter dinâmico e fluído. Ora, desse modo, é preciso que, no exercício de controle de constitucionalidade, o desempenho do papel realizado pelo STF seja entendido pela população enquanto necessário para a democracia. Isso porque, por meio dessa perspectiva, sua atuação manter-se-ia constantemente legitimada, renovando, num movimento contínuo, a anuência legitimadora do povo. Por essa ótica, corrobora-se também a insuficiência em aferir sua legitimidade unicamente no texto constitucional. É dizer: conferir à Constituição o caráter democrático não significa qualificar automaticamente a jurisdição constitucional como opção democrática (MORO, 2004, p. 131).

Conrado Hübner Mendes (2008, p. 13) pontua nesse sentido que o controle jurisdicional de constitucionalidade e a supremacia da constituição (ou a proteção dos direitos fundamentais) passaram a ser visto como interdependentes; como faces da mesma moeda. Todavia, o salto teórico da justificação dos direitos para a justificação da jurisdição constitucional não pode ser automática (MENDES, 2008, p. 23). Compreender a necessidade de proteção das normas da Carta Política, não significa atestar que a revisão judicial seja a melhor forma de assegurar esses direitos.

⁵⁹Há um trecho da obra de Kelsen que elucida essa afirmação: “Mas precisamente no domínio da jurisdição constitucional, elas podem desempenhar um papel extremamente perigoso. As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à moralidade poderiam ser interpretadas como diretivas, concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição indicasse um critério objetivo qualquer... É claro que a Constituição não entendeu empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada no Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrário do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder — que ela com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político — a Constituição deve, sobretudo, se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível.” (KELSEN, 2003, p. 169).

Ainda que o controle jurídico tenha se expandido e se cristalizado nas democracias ocidentais contemporâneas, é preciso se ter claro que esta verificação de adequação normativa não precisa se dar necessariamente através de meios jurídicos, é possível a existência de um controle que seja político como ocorre, por exemplo, na França. Inclusive, existe uma forte corrente no debate acerca do controle de constitucionalidade que aduz ser este meio mais adequado. Isto porque, se tratando de atribuir sentido às normas constitucionais, seria recomendável que fosse feito por instituições de perfil mais democrático.

Desta feita, resta necessário, para entender onde se encontraria a legitimidade para essa ordem de atividades, enxergar as razões pelas quais o STF se mostraria uma instância adequada para a tarefa de verificação da adequação normativa e concretização de direitos fundamentais.

Para tanto, é oportuno se caminhar através dos agrupamentos teóricos originados nos Estados Unidos acerca do desempenho da atividade de controle de constitucionalidade. Uma vez que as teorias provenientes desse debate, por tentarem explicar a atuação da Suprema Corte, fornecem importantes subsídios para se ler o desempenho das funções do STF.

Visualiza-se, juntamente com Conrado Hübner Mendes (2008, p. 27-28), uma faixa na qual se situam os posicionamentos dos teóricos americanos. Em um extremo existem autores que propugnam a supressão da revisão judicial, por entendê-la incompatível com a democracia, é o caso de Jeremy Waldron, que questiona a razão de juízes decidirem sozinhos os desacordos sobre direitos que afetam toda a sociedade. Para o autor tais decisões sobre os desacordos deveriam ser relegadas para o parlamento (WALDRON, 2006, p. 1391). Existem correntes intermediárias que concebem a corte com uma espécie de fiscal democrático, e os que compreendem que o controle há de ser exercido com moderação. Tratam-se dos Procedimentalistas. Por fim, existem os teóricos que defendem um controle substantivo por parte da Corte, com uma interpretação construtiva dos termos abstratos da Constituição. São os Substancialistas.

Dado o fato de que a discussão empreendida se volta à legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal em uma postura proativa da Constituição, a corrente que fornece maiores subsídios teóricos na análise da legitimidade é a Substancialista. Por essa mesma razão, fica patente a impossibilidade de trabalhar com a linha de pensamento que entende incompatível o controle de adequação normativa com democracia. Mas, no que toca aos procedimentalistas, é possível se encontrar importantes apreciações críticas quanto à justificação do STF, contribuindo para análise de seus fundamentos democráticos.

Os procedimentalistas recebem essa designação por desenvolverem suas análises a partir de uma perspectiva procedimental da democracia. Esse conjunto teórico fundamenta-se no fato de que nas sociedades contemporâneas — tendo em conta a alta diferenciação entre os grupos e a pluralidade de valores que a orientam — não seria possível a adoção de axiomas que fossem igualmente aceito por todos, de modo incontestado. Assim, a adoção de postulados valorativos, para se justificar, deveria ser tomada com base em procedimentos que assegurem a igualdade de participação para a formação da vontade democrática. Nota-se, portanto, que nessa horda de pensamento há uma nítida aproximação entre as ideias de legalidade e legitimidade, dando-se a essa última uma perspectiva formal/instrumental.

A partir dessa perspectiva, seria antidemocrático que os Tribunais Constitucionais se assenhouassem do texto constitucional definindo eles mesmos os conteúdos das normas expressas na Carta Maior. Isso porque esses conteúdos são abertos e fluidos, devendo ser definidos à luz do contexto histórico por sua população. Assim, conferir o poder de defini-los aos tribunais, seria conceder a uma elite de juízes — não ungidos pelo voto popular e desonerados de responsabilidade política — a prerrogativa de impor seus padrões morais à sociedade, retirando desta a capacidade de se autogerir.

Nesse diapasão, um Tribunal Constitucional deveria desempenhar uma tarefa mais modesta, para evitar esse risco. Linha na qual ganha destaque o pensamento de John Hart Ely (1998) com sua obra *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Na perspectiva dele a Corte deveria funcionar como um órgão de reforço à democracia; não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos. A tarefa de fazer escolhas substantivas, incluindo a própria concretização dos princípios constitucionais ficaria reservada aos agentes políticos investidos pelo voto popular.

Entretanto, ainda caberia ao Tribunal uma importante atribuição. O dever de zelar pelo funcionamento adequado da democracia, assegurando a igualdade de participação dos cidadãos nas decisões políticas e corrigindo os desvios do processo de representação. Desse modo, cumpre-lhe assegurar a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas, bem como impedir a tomada de decisões contrárias a direitos de minorias que não lograssem participação adequada no processo político-democrático, por sofrerem hostilidade e

preconceito por parte da maioria política⁶⁰ (ELY, 1998, p. 54-55; MORO, 2004, p. 142; BINENBOJM, 2004, p. 102-103).

Nessa perspectiva, justamente por conceber um papel mais restrito à jurisdição constitucional, no qual lhe cumpriria apenas assegurar a participação política, é que a opção de controle de constitucionalidade feita judicialmente se mostraria mais adequada. Isto porque, em se tratando unicamente de proteger os canais de participação democrática, que poderiam ser suprimidos pelas deliberações da maioria, é que se justificaria que sua proteção não se vinculasse à instâncias majoritárias. Todavia, no que toca as demais tomadas de decisões, deveriam ser alcançadas democraticamente.

O autor entende a Constituição como um documento de natureza procedimental, cuja finalidade seria viabilizar que cada geração se autogoverne. Ela não conteria valores a serem descobertos, apenas estabeleceria como chegar aos axiomas. Por isso caberia à jurisdição policiar o processo democrático. Não lhe assistiria o dever de concretização de direitos fundamentais. Aliás, reforce-se: sua preocupação com direitos fundamentais restringir-se-ia àqueles que dissessem respeito à formação da vontade majoritária.

Esta construção padece de algumas dificuldades para, sozinha, servir de estofo suficiente à atuação do Tribunal nos moldes em que esta ocorre hodiernamente.

Nesse esteio há que se ponderar inicialmente que a Constituição brasileira de 1988 não pode ser vista apenas como um conjunto de regras que assegurem o processo democrático. Ela traz inúmeros dispositivos de cunho valorativo que não tem, necessariamente, a ver com a formação da vontade popular. Desta feita, um exercício de jurisdição constitucional orientado por essa ideia somente teria aptidão para proteger uma parte do texto. O que de certa forma criaria uma subcategorização dos demais dispositivos. Esta opção não foi tomada pelo constituinte brasileiro. Quando atribui a guarda da Constituição ao STF, o fez a respeito da integralidade de seu texto e não de apenas uma parte.

Não obstante a isso, ainda se pode pontuar a crítica feita por Ronald Dworkin⁶¹ (2000, p. 85, 92, 95). Segundo ele não é possível que o ideal abstrato de democracia possa oferecer uma sustentação maior para o exercício da jurisdição constitucional baseado no controle do

⁶⁰John Hart Ely entende que o processo democrático careceria de confiança e por isso necessitaria de intervenção do Tribunal quando: “a) os que estão dentro estão bloqueando os canais de mudança políticas para assegurar que eles permaneçam dentro e os que estão fora permaneçam fora, ou b) mesmo que ninguém esteja privado verdadeiramente de voz ou voto, os representantes, de olho na maioria efetiva, estão sistematicamente deixando em desvantagem alguma minoria mantida fora por simples hostilidade ou recusa preconceituosa em reconhecer interesses em comum e, desse modo, privando tal minoria da proteção concedida a outros grupos em um sistema representativo (ELY, 1998, p. 102-103).

⁶¹Em sua obra “Uma questão de princípio”, Ronald Dworkin (2000), tece uma extensa crítica as ideia de John Hart Ely, no ensaio *o fórum do princípio*, sobretudo p. 80-100

processo ao invés de estado nos resultados. Para tecer sua ponderação, Dworkin, toma o argumento do próprio Ely, que alude para impossibilidade de consenso sobre quais princípios morais devem prevalecer em detrimento dos outros; fato que tornaria inviável um controle substantivo. Com esta ideia passa a demonstrar que o significado de democracia e os direitos processuais que desse conceito decorrem, igualmente não estão isentos de controvérsia quanto ao seu sentido. Desse modo, é inevitável que haja uma escolha entre as diferentes concepções de democracia, ou seja, que haja uma escolha substantiva⁶². Assim, o intento de Ely, de eximir o exercício da jurisdição constitucional dessas escolhas, se vê comprometido.⁶³

No mesmo diapasão, com relação à censura de atos contrários a grupos minoritários, é de se notar que sempre existirão, em um regime democrático, perdedores e vencedores, sendo necessário algo mais do que meramente questões de participação e procedimento para a identificação dos grupos merecedores de proteção judicial (MORO, 2004, p. 147).

Além disso, se nota que a tese denota um superdimensionamento das virtudes do sistema democrático, não se atentando a crise pela qual passa o próprio modelo de representação política atual. Sobretudo, no caso brasileiro no qual há um claro descontentamento com o modelo atual de representação política, em que se vislumbra uma quebra no liame entre a vontade popular e vontade parlamentar. Por essa razão, a aplicação dessas ideias no cenário brasileiro, sem se conjugá-las com outra ordem de argumentos, retiraria a prerrogativa do STF de proteger os direitos fundamentais, que tem se mostrado, como já se explicitou, um importante canal de atendimento às demandas sociais.

Ademais, no que concerne ao ativismo judicial, se observa que só haveria possibilidade de uma postura mais proativa da Corte quando seu escopo for proteger a livre participação dos cidadãos nas decisões governamentais e assegurar os direitos das minorias à participação política. Também, se tomado em conta que, os procedimentalistas postulam uma redução na esfera de atuação da jurisdição constitucional, observa-se uma dificuldade em articular essa ideia com uma postura ativista, por isso essa ordem de contribuições deve ser recebida com ressalvas.

⁶² Dworkin sintetiza seu argumento dizendo que: “Em todo caso, porém, sua teoria deve basear-se em alguma afirmação ou suposição sobre que direitos as pessoas têm que prevalecem sobre um cálculo utilitarista irrestrito e que direitos elas não têm. Assim, mesmo que ele possa apresentar uma teoria que justifique essa distinção entre preconceito racial e populismo moral, terá abandonado sua afirmação principal, de que uma teoria adequada da revisão judicial não necessita tomar posição a respeito de tais direitos.” (DWORKIN, 2000, p. 99).

⁶³ É possível se visualizar melhor essa necessidade de escolha substantiva a partir da análise do exemplo do direito ao voto. Assim, as decisões sobre quem deve votar (se menores, estrangeiros, os condenados a sanções penais, ou se somente os proprietários) não se resolvem sem escolhas substantivas. O próprio princípio de “um homem, um voto”, adotado pela Suprema Corte americana em 1964, não resultou de uma mera limpeza dos canais políticos de mudança, mas sim por meio da aplicação do princípio da igualdade, sempre orientado por questões substantivas (MORO, 2004, p. 147).

É de se pensar que, se são tantas as críticas, quais razões conduziriam a apresentação das ideias de Ely numa análise que busca identificar os atuais subsídios sustentadores do ativismo judicial pelo STF. A resposta pode ser articulada sobre dois vieses. Num exame mais pedestre, se pode dizer que tem o condão de desnudar as deficiências de uma atuação que se preste a definir o conteúdo valorativo dos dispositivos constitucionais de um modo totalmente desconectado da realidade democrática. De modo que, se não tem a capacidade de fornecer subsídios teóricos suficientes a explicar o funcionamento do órgão, serve para um primeiro apontamento de suas falhas. O que não seria pouco, pois a compreensão das vicissitudes constitui etapa importante no processo de justificação.

Mas, a bem da verdade, a teoria de John Hart Ely apresenta contributos para além dessa desconstrução. O autor tem o mérito de buscar a legitimidade da jurisdição constitucional na sua compatibilização com a democracia, conciliando o controle de constitucionalidade com princípio majoritário (MORO, 2004, p. 149; AGRA, 2005, p. 221). Esta perspectiva avança em relação àquela primeira construção que se desenvolve a partir da tensão entre constitucionalismo e democracia, na qual competia à Corte proteger às garantias do Estado de Direito (direitos individuais). Uma vez que permite visualizar que esses ideais nem sempre se desenvolvem sobre polos dicotômicos que precisam se harmonizar para coexistir. A partir de Ely, nota-se que, muitas vezes, o exercício da jurisdição constitucional serve à funcionalidade da democracia, não necessariamente lhe impondo limites substantivos, mas também assegurando a desobstrução de seus procedimentos.

As ideias de Ely são recebidas e enriquecidas pelo teórico da filosofia política, o alemão Jürgen Habermas, que redimensiona o argumento procedimentalista, projetando importantes considerações na compreensão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, de onde emergem novas lentes para a análise da justificação do STF.

Habermas parte da noção de que as democracias contemporâneas são pós-convencionais, isto é, são sociedades nas quais não é possível a obtenção de um consenso acerca de valores éticos substantivos. Há relações de poder demasiado assimétricas nas democracias para que se pudesse falar em uma concepção ética de valores compartilhados (CITTADINO, 2004, p. 213, 216). Assim, o autor configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nesses valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas sim em pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo venham à tona os melhores argumentos (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 345). Assim, na perspectiva habermasiana, os direitos fundamentais não são legitimados nem metafisicamente, nem com base nas especificações culturais de uma

comunidade. São, na verdade, consequência da decisão recíproca dos cidadãos livres e iguais de legitimamente regular as suas vidas por intermédio do direito positivo. O escopo desses direitos básicos é o de assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, no qual a única forma de coerção seja a do melhor argumento (BINENBOJM, 2004, p. 108).

A ideia de autonomia do cidadão é um conceito chave no seu pensamento. Os cidadãos devem se ver não apenas como destinatários, mas também como autores de seus direitos, para que possam se reconhecer como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica (CITTADINO, 2004, p. 208). Nessa perspectiva, os indivíduos atuam decisivamente no âmbito da sociedade civil e da esfera pública política. Sua vontade e opinião, mesmo que informais, interagiriam e influenciariam as decisões e deliberações tomadas no âmbito do sistema político. Daí se dizer que será legítimo o direito no qual os membros da comunidade política atuam como autolegislares (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 139).

Por essa razão, sua teoria pressupõe uma justificação procedimental dos direitos fundamentais, pois eles são compreendidos como condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação dos consensos democráticos. Assim, seriam um rol de condições básicas da própria democracia; liberdades que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram normatizar a sua convivência mediante produção de regras de direito legítimas (BINENBOJM, 2004, p. 110). Mais do que serem compatíveis com a formação da decisão democrática, eles também se mostram necessários para que a próprio regime seja mantido e não se autodestrua, pois o limite da deliberação é a manutenção da democracia (SOUZA NETO, 2002, p. 304). Todavia, nessa figura de condição necessária que apenas possibilita o exercício da autonomia política, os direitos fundamentais não podem circunscrever a soberania do legislador, pois “[c]ondições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem.” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 165).

Se bem entendida essa ideia, é possível se visualizar onde se situaria o âmbito de legítima atuação de uma corte constitucional no pensamento de Habermas: a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e política dos cidadãos, condição da gênese democrática das leis (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 326). Portanto, não compete ao juiz a guarda de uma ordem de valores, mas garantir as condições democráticas para o processo

legislativo. Assim, cumpriria à Corte tutelas diferentes acerca dos direitos, conforme a essencialidade desses para a deliberação democrática⁶⁴.

Desse modo, caberia a anulação de leis quando o Legislativo descumprisse as cominações procedimentais que legitimam a produção jurídica. Uma atuação mais extensiva auferiria legitimidade se fosse para amparar os direitos fundamentais inerentes à autonomia privada, base de um regime democrático e o supedâneo sob o qual os demais direitos são construídos. Um ativismo judicial com relação às demais dimensões de direitos fundamentais não seria exequível porque haveria impossibilidade de se alcançar um sólido consenso no espaço público diante da estratificação dos interesses sociais⁶⁵ (AGRA, 2005, p. 197).

Ora, se afastadas a possibilidade de referências automática a valores agasalhados pela comunidade no momento de fundação da sociedade política, faz-se necessário a permanente justificação das decisões desse Tribunal para a comunidade. Na teoria habermasiana essa justificação é feita discursivamente. Para Habermas, portanto, a racionalidade das pretensões normativas está vinculada à força do melhor argumento. Todavia, para que possa se impor e obter o assentimento generalizado é preciso que os mais diversos argumentos tenham a oportunidade de chegar a apreciação do decisor e do público que o influencia e critica. Apenas com o teste do debate público, onde cada argumento é

⁶⁴Habermas identifica cinco dimensões de direitos fundamentais. Todos eles são deduzidos logicamente do princípio discursivo, institucionalizado sob a forma de princípio democrático. A primeira dimensão resulta do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. A segunda, correlata necessária da primeira, são os direitos que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito. A terceira refere-se aos decorrentes de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. Essas três dimensões são aquelas que Habermas entende como garantias da autonomia privada de sujeitos. A quarta dimensão são os direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política. Como quinta dimensão, têm-se aqueles referentes a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento em igualdade de chances, dos direitos elencados das outras 4 dimensões (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 159-160).

⁶⁵Nas palavras de Habermas: “A discussão sobre o tribunal constitucional — sobre seu ativismo ou modéstia — não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada — da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ —, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa idealização, por sua vez, provém de um *estreitamento ético de discursos políticos*, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista.” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 346-347, grifo do autor).

submetido a contra-argumentos, o melhor argumento alcançará o arrimo necessário para que leve a efeito sua força legitimadora (SOUZA NETO, 2002, p. 297).

O autor entretece sua perspectiva da legitimidade do Tribunal Constitucional, ponderando que contra a possibilidade de que os mesmos se fechem em sua interpretação, as decisões devem ser fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador (SOUZA NETO, 2002, p. 322). Por esse motivo, menciona Walber Agra (2005, p. 195) que o autor estabelecerá uma jurisdição constitucional com base em uma democracia participativa.

Assim, as decisões judiciais deveriam sofrer injunções dos espaços públicos, nos quais seria garantida a possibilidade de participação isonômica dos cidadãos e da sociedade civil organizada, de modo a formar um canal entre a população e os entes estatais.⁶⁶

Habermas traz, portanto, importantes contribuições para se pensar a legitimidade democrática do Pretório Excelso brasileiro. Primeiramente se pode apontar que ele consegue rearticular a relação entre os direitos fundamentais e democracia, colocando estes enquanto condições necessárias para o processo democrático. Avança nesse ponto em relação a Ely, enriquecendo sua ideia de que a Corte deveria garantir apenas a autodeterminação do povo, o que concretamente significava, na teoria do americano, a proteção à liberdade de expressão e direito ao voto livre (MENDES; SILVA, 2008, p. 209). Habermas compreende ser necessária a proteção de todos os relativos à autonomia privada do indivíduo.

Além disso, ele consegue traçar uma conexão da legitimidade da Corte com a vontade popular, que emana do espaço público. Traz, desse modo, a ideia de que os membros do corpo político participam de algum modo das decisões do Tribunal, uma vez que as críticas advindas da esfera pública com as suas perspectivas acerca dos conteúdos das normas *sub judice* fariam com que suas decisões tivessem que ser amplamente fundamentadas para justificar o resultado final. Isto confere a decisão um potencial racionalizador e legitimador (AGRA, 2005, p. 198; BINENBOJM, 2004, p. 115).

Diferente das demais teorias que colocavam os julgamentos como uma decisão apartada da vontade popular, na perspectiva habermasiana se observa que existe uma conexão

⁶⁶Em boa medida se pode traçar um paralelo entre a obra de Habermas e a de Peter Häberle (hermenêutica constitucional sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição, 1997). Isso porque também Habermas propugna pelo elasticamento do círculo de intérpretes da constituição. Todavia, na perspectiva habermasiana não inclui a exigência de participação popular efetiva inscrita no modelo de Häberle, mas apenas as condições possibilitadoras da participação. A ideia de Häberle será trabalhada no capítulo 3, onde se tecerão maiores considerações acerca dessa relação.

e haveria, portanto, um reforço aos alicerces legitimadores do Supremo Tribunal Federal, pois sofrem uma oxigenação democrática a partir de sua interação com a opinião pública.

Também se pode verificar com essas perspectivas procedimentalistas que elas fornecem argumentos para se pensar a atuação do STF em diferentes intensidades. Permitem que se vislumbre que a necessidade de adequação da jurisdição constitucional ao regime democrático pode justificar a adoção de postura de autocontenção em certos casos e de ativismo judicial em outros.

No entanto, não se pode olvidar que esta mirada também possui algumas vicissitudes para embasar uma postura ativista na Corte brasileira. A primeira delas como já se ponderou é que dentro da visão de Habermas não caberia uma postura mais proativa para direitos fundamentais de caráter social, por exemplo. Uma vez que se entende que não se alcançaria consenso suficiente na esfera pública para essa tarefa.

Ademais, é importante se ter em mente que a proposta do autor foi elaborada tendo em vista condições materiais e culturais das sociedades que alcançaram elevado grau de riqueza, desenvolvimento e satisfação das necessidades. Daí que pressupõe a presença de atores livres, autônomos e iguais, condições que não condizem com a realidade brasileira, na qual os sujeitos individuais e coletivos vivenciam uma situação histórica de opressão, desigualdade e exclusão (WOLKMER, 2001, p. 280-281). Nesse sentido:

De fato a proposta da ética discursiva parte de uma visão de sociedade quase perfeita constituída por homens competentes, livres conscientes e maduros, prevalecendo sempre a lógica do melhor argumento possível. Em outros termos, dir-se-ia que tal desiderato parte das premissas básicas de que haja uma condição pública dada ‘a priori’ (comunidade de comunicação ideal), que todos os agentes participem por livre consenso e que todos os sujeitos integrantes do jogo argumentativo sejam iguais. Diante disso, verificam-se reais dificuldades para situar e utilizar a ética discursiva universal nas condições das comunidades sociopolíticas do capitalismo periférico, cujo cenário é composto por sujeitos alienados, espoliados e desiguais. [...] o que deveras acontece é que o ‘outro’ [...] que deveria ser condição fundante, na verdade é ignorado, silenciado e excluído, porque não é livre nem competente para participar da consensualidade discursiva e do jogo linguístico argumentativo. (WOLKMER, 2001, p. 267).

Desse modo, conquanto por esse viés consiga se articular uma melhor relação entre a vontade do povo e as decisões do STF — o que em tese poderia estribar uma relação entre suas práticas ativistas nos anseios populares — fica patente a dificuldade de se inferir do espaço público os debates e discussões cívicas suficientes a sustentar essa ideia na democracia brasileira. Daí se avançar nos debates acerca da jurisdição constitucional na busca de mais elementos que expliquem os alicerces legitimadores do Supremo.

A ideia de que através de um processo argumentativo se possa alcançar a legitimidade é bastante trabalhada pelos teóricos substancialistas. Para essa vertente, ao contrário do que apregoam os procedimentalistas, é possível se falar em conjunto de valores materiais, agasalhados no texto constitucional, que possui um maior grau de consenso entre os membros da sociedade e que por isso são a base de toda a interação dessa comunidade. Desse modo, a defesa desses valores substanciais, que são o sustentáculo do regime democrático, é o fator de justificação do STF. Portanto, a legitimação teria um sentido teleológico: garantir a concretização de valores substanciais, principalmente dos direitos fundamentais (AGRA, 2005, p. 233).

Há nessa linha teórica o aprofundamento da discussão dos direitos fundamentais como condição da democracia. Daí advogarem que a legitimidade dessa função estaria na proteção desses direitos, é dizer: se encontraria na tarefa que realiza e não em quem a realiza, por isso, o fato de os juízes serem membros não eleitos seria discussão secundária. Os substancialistas entendem ainda que os Tribunais se mostrariam um local mais adequado para a proteção desses direitos, pois as decisões tomadas nessa esfera seriam pautadas por critérios racionais e não por juízos de conveniência da maioria.

Esta pretensa racionalidade decorreria primeiramente da própria dinâmica dos procedimentos judiciais de tomada de decisão. Assim, nessa perspectiva, a motivação das decisões do STF envolveria, mesmo que de forma extrínseca argumentos de ordem jurídica, que foram recolhidos ao longo do processo. A motivação das decisões judiciais, dentro dessa lógica, seria garantia de que serão proferidas nos parâmetros jurídicos, mesmo que diante de matérias com notória consequência política e dentro de um campo de discricionariedade.

Nessa primeira aproximação com o argumento da racionalidade das decisões judiciais, ainda persistiria o problema de que, mesmo sob a forma jurídica, essas decisões contenham, como pano de fundo, opções valorativas e ideológicas por parte do julgador. Sobretudo, porque as normas constitucionais são construídas de forma genérica e abstrata, de modo que os juízes têm um vasto campo discricionário para atuar de forma a fazer prevalecer seus posicionamentos ideológicos. De onde emergiria a crítica de que, então, melhor seria que essa opção fosse feita por membros da classe política, representantes da vontade popular.

Mas, nesse ponto que contribuem os substancialistas. Eles procuram construir a defesa do controle de constitucionalidade adicionando elementos racionalizadores para a decisão, para além da referência às normas e aos padrões jurídicos. Ronald Dworkin, por exemplo, rechaça que na resolução de litígios em que a lei não contém todos os elementos para tomada de decisão o juiz decidiria de forma puramente discricionária.

Dworkin coloca a questão em perspectiva. Diz que a necessidade de se buscar limites ao poder de um juiz interpretar a constituição é um consenso. Todavia, essa limitação só será alcançada através de um processo argumentativo, e não da restrição de suas atividades interpretativas. Para ele os juízes devem justificar suas sentenças com base nos argumentos de princípios e de integridade que limitam e impõe determinado sentido às decisões judiciais (DWORKIN, 2003, p. 173, 204).

O autor desafia a percepção tradicional dos críticos das cortes que defendem que se as decisões não são derivações mecânicas de princípios políticos neutros, não seriam decisões judiciais, mas um exercício de poder arbitrário. Dworkin procura demonstrar que as decisões jurídicas não são baseadas em regras rígidas e autoaplicáveis, mas em princípios controversos de moralidade política (MENDES, 2008, p. 49). O juiz então deve elaborar o melhor argumento (de princípio e de integridade) que puder a fim de que seja submetido à crítica dos juristas e da opinião pública. Nisto residirá a legitimação da decisão (DWORKIN, 2003, p. 173).

Para o autor não se deve cair na armadilha falaciosa de que por inexistirem fórmulas mecânicas para distinguir as boas das más decisões, então nenhum argumento seria melhor do que outro e que a argumentação jurídica seria uma perda de tempo. Ao contrário, diz ele que se deve insistir na busca a ideia — inerente ao conceito de direito em si — de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior que decorre da integridade⁶⁷ (DWORKIN, 2003, p. 203-204).

A perspectiva de direito enquanto integridade ofereceria, então, limites a que os juízes aplicassem suas próprias convicções morais à constituição uma vez que “[...] segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (DWORKIN, 2007, p. 272).

⁶⁷ A integridade a que se refere Dworkin versa, sobretudo, a respeito de uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado (BINENBOJM, 2004, p. 85). Nessa busca é que emerge a figura do juiz Hércules de Dworkin. Personagem mitológico através do qual o autor cria um modelo ideal de aplicador. Assim, nos casos difíceis, é guiado por um senso de integridade constitucional. Não acha que a Constituição deve ser interpretada pela busca da intenção dos “pais fundadores”, tampouco que deve decidir conforme uma teoria ideal de justiça. Sua decisão consiste na melhor interpretação possível da prática constitucional “[...] a integridade ordena que ele mantenha um elo de coerência com o passado, mas também não hesite em fazer um novo julgamento moral quando considerar que se justifique em virtude de uma melhor interpretação.” (MENDES, 2008, p. 47).

Assim, o controle da discricionariedade judicial estaria na busca de uma densificação do ambiente decisório.

Nessa perspectiva, ganha importância a distinção feita pelo autor entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*), tendo em vista que as decisões dos juízes devem ser orientadas pelos princípios. Os argumentos de política referem-se a metas ou objetivos a serem alcançados para a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Desta feita, eles tendem a demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse adotado; são, assim, baseados no resultado. Por sua vez os argumentos de princípio, revelam um padrão que deve ser observado, não pelo fato de que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política, ou social considerada desejável, mas sim porque seria uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade. São baseados em direitos que devem ser assegurados, mesmo que contra fins coletivos tidos como indesejáveis pela maioria (DWORKIN, 2002, p. 36, 2000, p. 9).

As questões de política são matérias sensíveis à escolha ou à preferência da população, pois importam em fins coletivos. Por sua vez, as questões de princípios são matérias insensíveis à escolha dos membros do corpo político, haja vista que são imperativos morais da comunidade, reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas. Ao fazer essa diferenciação, Dworkin estabelece a linha de atuação entre jurisdição constitucional e Poder Legislativo. A este incumbiria a função de atuar com relação às normas, que tem fundamentação política, onde os agentes sociais atuam de forma mais livre fazendo as escolhas de políticas públicas. A jurisdição constitucional ficaria responsável pelo *fórum do princípio*, defendendo a proeminência dos argumentos de princípio sobre os de política, assegurando os direitos individuais em detrimento dos interesses estatais (BINENBOJM, 2004, p. 90; AGRA, 2005, p. 255).

Dworkin entende que essa defesa dos princípios não é somente compatível com a democracia, mas na verdade contribui decisivamente para o seu fortalecimento. Seu viés de entendimento assume a ideia de uma democracia qualificada, que para além do procedimento majoritário de decisão, requer o atendimento de certas condições democráticas que permitissem uma igualdade de status para todos os cidadãos (DWORKIN, 2006, p. 26). Essas condições democráticas são os direitos fundamentais reconhecidos pela comunidade política

sob a forma de princípios⁶⁸, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem processo político deliberativo. Os direitos fundamentais são, portanto, uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia (BINENBOJM, 2004, p. 92).

Desse modo, quando as instituições majoritárias garantem o respeito a essas condições democráticas, os veredictos dessas instituições devem ser acatados por todos. Mas quando não o fazem, ou esse respeito se torna deficiente, não se poderia fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem essas condições democráticas (DWORKIN, 2006, p. 27). “Para Dworkin democracia não é somente o que a maioria quer. Há um compromisso moral subjacente: construir um ente coletivo, no qual todos se sintam filiados. Se a Corte consegue fazê-lo, então não há problema.” (MENDES, 2008, p. 64).

Essa percepção que a democracia não se subsume ao princípio majoritário, permite articular, dentro desse conjunto de ideias, que o fato de os juízes não serem eleitos seria até benéfico para o sistema de decisão.

Explica-se. Na tarefa de se proteger direitos fundamentais, muitas vezes, a decisão se dá a despeito dos interesses da maioria. Assim, o fato de os decisores não estarem comprometidos com os interesses dos possíveis grupos que os elegeriam é benéfico, pois podem proteger os direitos da minoria. O juiz não está necessariamente comprometido com qualquer segmento, mas com a comunidade como um todo. Diferente ocorre com o legislador que se encontra vulnerável às pressões políticas dos mais variados tipos, tanto de um ponto de vista financeiro, quanto pelo lado político propriamente dito, de modo que a proteção de direitos de grupos pouco populares não estaria tão bem protegida em suas mãos (MENDES, 2008, p. 78; DWORKIN, 2006, p. 53).

Além disso, como o âmbito de atuação dos juízes seria o *fórum do princípio*, nesse espaço não haveria necessidade de representação no sentido tradicional, pois não se debatem vontades individuais dos eleitores, mas as concepções de comunidade e as diferentes concepções de bem comum. Assim, dirá Dworkin que se trata de um empreendimento diferente, do que se as decisões fossem tomadas por maioria, mas pode se tratar de um empreendimento melhor, pois se participa dele na qualidade de agentes morais, que deliberam e justificam seus pontos de vista, e não de simples números numa contagem política. A

⁶⁸Para Dworkin, normalmente os direitos morais escolhidos pela comunidade são traduzidos por normas jurídicas, mas em sua teoria ele também reconhece a possibilidade de que esses princípios se encontrem apenas no âmbito moral, não positivados. Isto não impede em sua percepção de que ainda assim gozem de normatividade.

representatividade então é comunal e não estatística (MENDES, 2008, p. 74; DWORKIN, 2006, p. 553). Assim,

[...] os números não precisam ser levados em conta [...] nas questões referentes aos princípios fundamentais — quando a comunidade tem de decidir, por exemplo, se os negros têm o direito constitucional de ser protegidos da discriminação, se os ateus tem o direito constitucional de ser protegidos das orações nas escolas públicas ou se as mulheres grávidas têm o direito constitucional de ser protegidas das ideias da maioria acerca da sacralidade da vida. Nesses casos, é importante que o público participe da decisão; não porque a comunidade deve chegar à decisão apoiada pela maioria, mas por um motivo muito diferente [...]: que o próprio respeito do cidadão por si mesmo exige que ele participe, como sócio de um empreendimento comum, dos debates morais acerca das leis que regem sua vida. [...] a distinção entre o poder do cidadão sobre a decisão coletiva, que num país grande é necessariamente insignificante, e o papel desse cidadão, que, na qualidade de agente moral, participa do seu próprio Estado. Esse papel, às vezes, fica mais bem protegida quando os mecanismos de decisão não são, em último análise, majoritários. (DWORKIN, 2006, p. 549).

Conrado Hübner Mendes (2008, p. 78) diz que Ronald Dworkin torna a discussão da compatibilidade entre revisão judicial e democracia mais complexa. Ele supera as respostas mais apressadas sobre o tema. Tanto a que diz que seria legítima a atuação da Corte porque as democracias precisam respeitar direitos, quanto a que diz que não é legítima porque os juízes não são eleitos. Mesmo a primeira que aparentemente se assemelharia à resposta de Dworkin, segue um caminho errado. Ele diria que é legítimo desde que respeite direitos, condicionando a legitimidade ao acerto. A instituição não se justificaria em abstrato (não é legítimo ou ilegítimo de *per se*). Há a necessidade de que se busque as respostas certas.

No entendimento do americano, então, essa resposta certa será alcançada quando a proposição constar ou derivar dos princípios que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. A integridade, axioma político basilar da comunidade, exige uma coerência de princípios, de modo que a lei e as decisões judiciais devem ser interpretadas e moldadas de acordo com o sistema de princípios ético-políticos e a história legal.

Vislumbra-se assim que Dworkin constrói sua ideia de racionalização da decisão judicial com base nos valores partilhados e construídos ao longo da história política americana. Assim, as decisões judiciais devem respeitar toda essa construção de ordem moral,

política e legal para que sejam consideradas adequadas⁶⁹ e tenham sua legitimidade firmada. A missão do juiz é de interpretar a Constituição segundo esse modelo.

Nesse aspecto de busca de uma resposta correta, para as decisões judiciais a teoria desenvolvida por Robert Alexy apresenta elementos importantes, visto que compartilha da preocupação fundamental de Dworkin de se pensar alternativas à discricionariedade judicial. No entanto, Alexy ressalta que na obra de Dworkin não há nenhum procedimento que mostre como se obterá a única resposta correta; apresenta como solução para o problema da ponderação, a noção monolítica de um juiz ideal (SOUZA NETO, 2002, p. 251-252). A proposta de Alexy buscará justamente complementar essa lacuna da teoria de Dworkin, formulando uma teoria procedimental para obtenção da resposta correta⁷⁰ (SOUZA NETO, 2002, p. 257).

Se em Dworkin se visualizava uma correção absoluta da resposta, em Alexy há uma *pretensão de correção*⁷¹. Assim, o papel de uma noção única de resposta correta fica deslocado para o fato de que, quando os participantes do processo argumentativo fundamentem suas afirmativas, o façam pressupondo que a resposta por eles oferecida seja a correta. Significa dizer que a pretensão de correção — e não a correção absoluta — se torna o critério para a aferição de validade do argumento. Esta pretensão de correção torna obrigatória a exigência de um procedimento que garanta uma fundamentação racional para o discurso jurídico. Portanto, se o processo argumentativo se desenvolve de acordo com as regras de razão prática trazidas por Alexy, poder-se-ia obter, se não a correção absoluta propugnada por

⁶⁹ Neste ponto entra a ideia do autor de romance em cadeia. “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (DWORKIN, 2000, p. 238).

⁷⁰ Note-se aqui que o procedimento a que se refere Alexy diz respeito a formulação de um processo que busque dar as respostas corretas. Isto é diferente de uma perspectiva procedimental de jurisdição, na qual a função de um Tribunal Constitucional seria a de garantir a formação e o desenvolvimento do procedimento democrático de decisão.

⁷¹ A ideia de pretensão de correção se reflete que aquele que “[...]tenta convencer um oponente com argumentos, pressupõe que esse, sob condições ideais, deveria aprovar.” (ALEXY, 2007, p. 28). Assim, como toda defesa de um ponto de vista almeja encontrar aceitação ideal, Alexy entende que o conceito de discurso ideal encontra sua utilidade sendo uma ideia regulativa que inspira nos discursos reais um objetivo ou ponto final.

Dworkin, ao menos uma relativa; que não é uma simples persuasão do auditório, mas uma resposta adequada, racional (SOUZA NETO, 2002, p. 258).

Desse modo, por meio da argumentação se conferiria uma controlabilidade racional à decisão judicial. Essa racionalidade se encontraria na utilização por todos os participantes do discurso das mesmas regras, entre as diversas regras existentes. Assim, seria possível encontrar uma racionalidade, inclusive em um campo especificamente valorativo (ALEXY, 2001, p. 268).

O autor, então, empreende a articulação de uma teoria que promove a estruturação, no maior grau de racionalidade possível, da argumentação de forma substancialmente aceitável (ALEXY, 2011, p. 573). Dessa forma, as bases dessa teoria forneceriam estabilidade para a decisão no âmbito dos direitos fundamentais, através das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, amparando de forma racionalmente estruturada a argumentação e deliberação no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 574). Assim, a partir da aplicação de sua teoria seria possível construir um discurso argumentativo que conseguisse obter o maior grau de consenso da sociedade através de diretrizes racionais (AGRA, 2005, p. 241).

Desta digressão pelos pensamentos de Dworkin e Alexy e suas perspectivas acerca da racionalidade no processo decisório é possível se tirar algumas projeções importantes sobre a legitimação que o Supremo Tribunal Federal pode haurir com base na racionalidade argumentativa da decisão.

Nesse sentido, numa perspectiva substancialista de jurisdição o STF auferiria sua legitimidade a partir da realização dos mandamentos constitucionais, uma vez que eles sustentam o regime democrático brasileiro, fornecendo um conjunto de orientações para que esse regime materialmente se efetive. Quanto à questão de que na tarefa de aplicar esses preceitos constitucionais o Tribunal se arrogaria da moral, impondo sua visão de mundo, Dworkin dirá que esse risco, de fato, pode ocorrer, mas nessa situação, sua atuação terá sido ilegítima. Todavia, ele entende que é possível se chegar a uma decisão correta com base no direito tomado enquanto integridade, ou seja, levando-se em consideração o texto da Constituição como um todo, os valores morais vigentes e o modo como ambos têm sido interpretados pela comunidade política. Ele ainda ponderaria que nessa tarefa, o STF se mostraria instância adequada, visto que na busca de decisões corretas, o que se debate são princípios constitucionais que traduzem valores de justiça e equidade, protegendo o indivíduo de que suas garantias sejam passíveis de serem sacrificadas em detrimento dos interesses coletivo. As ideias de Alexy se somariam a essa ótica, acrescentando que através de um

processo argumentação seria possível a demonstração racional de que as decisões apresentadas pela Corte são a que mais adequadamente realizam a vontade constitucional e que por isso são legítimas.

É certo que esse conjunto teórico oferece novas luzes ao debate, permitindo se vislumbrar outro ponto de vista acerca da justificação democrática da atuação do Tribunal Constitucional brasileiro. Mas, igualmente é certo que esse viés substancialista estribado nos princípios e no processo argumentativo também possui limites. Em sendo assim, de modo primevo, se pode alinhar que, nos moldes pensado por Robert Alexy, para se alcançar através de um processo argumentativo a decisão racionalmente correta é preciso que se obedeça a um procedimento argumentativo específico descrito pelo autor e nem sempre se pode falar que a tomada de decisão do STF seguiu a um processo argumentativo racional nesses moldes.

Mesmo que se abstraísse dessa distância entre a teoria constitucional e a realidade dos julgamentos, ainda assim — ponderam os críticos — existe um espaço, uma lacuna que é preenchida por fatores extrajurídicos, pelas opções valorativas do juiz, a despeito da rígida utilização dos procedimentos argumentativos. Isso porque esses direitos com textura aberta sempre comportarão uma escolha e gradação controversa entre valores. Assim, não se ignora que a argumentação jurídica seja racional, que, se não leva à certeza própria das ciências exatas ou experimentais, pode levar a uma verdade aproximada própria do saber prático. Todavia, nos casos constitucionais, as decisões continuam a depender, em certa parte, de escolha entre valores contrapostos (AGRA, 2005, p. 297).

Ora, e se existem opções valorativas a serem tomadas, insistirão os críticos que essa apropriação da moral pela Corte esconderia o fato de que não há uma moral uniforme contida na Carta Magna. Uma vez que o próprio processo democrático constituinte é realizado por meio de embate entre os diversos posicionamentos ideológicos, cujas forças sociais tentam incorporar à Constituição seus interesses. Desta feita, não haveria um conjunto homogêneo de valores morais, mas sim princípios oriundos dos mais diversos segmentos comunitários e que devido à sua sustentação pelos atores sociais vão adquirindo eficácia (AGRA, 2005, p. 120).

Ademais, com Francisco Gérson Marques de Lima (2009, p. 43-44) é possível se aprofundar a problematização da questão. O autor pondera que os atores sociais interpretam a norma de acordo com a posição que ocupam na estrutura do Estado e da sociedade e conforme suas relações pessoais, profissionais e religiosas. Assim, quando essa interpretação se fecha em 11 Ministros não haveria uma correspondência com a pluralidade social e, por isso, haveria perda em legitimação. Além disso, possuiria o risco que esse trabalho

argumentativo se fechasse num processo circular de legitimação, realizado de forma autorrefencial. Isto é, uma legitimação que ficasse centrada em estruturas argumentativas, mas alheia aos elementos fáticos (AGRA, 2005, p. 151).

Por fim, existem aqueles que se mantêm céticos quanto à racionalidade do processo argumentativo alcançar uma decisão pretensamente correta, vendo nesses modelos argumentativos um “[...] recurso puramente a retórica, como forma de ocultar a prevalência de um especialista judicante, posto em um altar de moderador dos poderes constitucionais, com todas as idiosincrasias e valores pessoais sublimados em um discurso pretensamente legítimo.” (SAMPAIO, 2002, p. 94).

Em boa medida, como se viu há pouco, Alexy oferecesse algumas respostas a essas críticas dentro da lógica de seu modelo. A possibilidade de valoração para além dos parâmetros jurídicos é reconhecida pelo próprio autor e entretecida dentro de sua teoria. Para ele essa objeção é respondida com a possibilidade de que a argumentação jurídica seja complementada pela argumentação prática geral. De modo a permitir que mesmo o debate dessa dimensão extrajurídica seja direcionado por uma racionalidade⁷². E, nessa esfera da argumentação prática, o convencimento do “auditório” é um importante fator na racionalização da decisão, de modo que existiria um diálogo com a opinião pública, não no sentido de submeter as decisões à anuência da população, mas no sentido de que as diferentes perspectivas acerca do tema debatido seriam levadas em consideração no processo argumentativo (ALEXY, 2011, p. 573-574).

A isto os críticos poderiam continuar a se contrapor, dizendo que as perspectivas levadas em consideração pela Corte seriam, na verdade, projeções — sob a ótica dos ministros — do que pensariam os membros da comunidade acerca da questão constitucional debatida e que isto pode ser diferente do que de fato pensa a população a respeito. Em síntese se quer dizer com isso que restringir o processo de participação nas discussões da jurisdição constitucional aos componentes do Supremo Tribunal Federal significa podar a oxigenação da discussão, suprimindo a amplitude do debate que pode apontar novos horizontes (AGRA, 2005, p. 290).

⁷² O autor versa que a sua sistemática permitiria uma abertura do sistema jurídico qualificada. Ele pondera que pelas próprias características dos direitos fundamentais uma abertura se torna necessária. Isso porque, levando-se em consideração que são princípios — que tem por característica serem mandados de otimização, realizados na maior medida do possível, o que significa que não requerem sempre a realização integral do dispositivo — a aplicação desses direitos, mesmo com base na argumentação jurídica (que lhes oferecesse um expressivo ganho de racionalidade) ainda possui uma lacuna de racionalidade. Essa lacuna seria suprida pelo discurso dos direitos fundamentais que tem na argumentação prática geral, um complemento para a argumentação jurídica (ALEXY, 2011, p. 573).

Ora, nota-se, então, que esse embate acerca da revisão judicial de leis no âmbito teórico (como seria de se esperar em um tema tão controverso) não oferecesse respostas definitivas à questão. É mesmo de se observar que as críticas feitas tanto por substancialistas quanto procedimentalistas possuem pertinência. Desse modo, pareceu que a manutenção de um olhar que insistisse na polarização do debate, em que, se tomada a visão de um lado, necessariamente negaria as contribuições do outro, tornaria a análise empobrecida.

Assim, na pequena apresentação que se fez desse debate, muito mais do que buscar uma resposta final no âmbito teórico, pretendeu-se, a partir das diferentes óticas que oferecem acerca do assunto, melhor enxergar os alicerces que sustentariam o desempenho de suas funções.

Ao se proceder por esse caminho, conseguiu se visualizar que primeiramente o STF é órgão que tem arrimo na Constituição, e isto lhe conferiria uma justificativa formal, uma vez que se o texto constitucional prevê sua atuação, ela seria legítima, dada a imperatividade de suas normas. Mas, além disso, se pontuou que de um ponto de vista material, essas normas são fruto de um momento de especial participação política da população e que por isso gozam de uma maior legitimidade, assim, teriam prevalência com relação às normas ordinárias. No que toca aos seus integrantes, se pode dizer que também há um liame de legitimação visto que são investidos por uma atuação conjugada dos representantes do povo.

Quanto à pertinência da tarefa que exercem para o funcionamento democrático, se pode dizer que a proteção de direitos fundamentais, com vistas a que esses não sejam violados por maiorias políticas, permite um funcionamento adequado da democracia. Não só porque protege o indivíduo dessa atuação, mas também porque lhe assegura a participação no processo de deliberação democrática. Ademais, a instância se mostraria adequada para a defesa e proteção desses direitos justamente pelo caráter da matéria, que não deve ser valorada de acordo com os objetivos da comunidade política, mas sim a partir das noções de justiça e equidade e demais valores que a Constituição alberga. Além disso, como a atividade judiciária é pautada pela tomada de decisões através de métodos racionais com estribo nas normas, o acerto dessa decisão na proteção desses direitos estaria assegurada. Mesmo quando se tratasse de normas de caráter aberto, visto que, se seguido um procedimento argumentativo racional, se alcançaria o resultado mais adequado.

Portanto, com bases nesses diferentes prismas foi possível se ter um panorama acerca do modo como as explicações teóricas justificam o exercício das funções do Supremo Tribunal Federal, sem que se olvide de todas as críticas e limitações que se fez anteriormente a cada um dos pontos mencionados. Todavia, essa perspectiva construída ao longo desse

tópico precisa ser entretecida com alguns elementos da realidade prática do órgão, para que a dimensão de seus problemas de legitimidade se mostre mais clara.

Assim, é importante, para além de se vislumbrar no campo teórico a justificação da jurisdição constitucional, também se levar em consideração alguns elementos da prática da atuação do Tribunal. Portanto, há de se compreender as peculiaridades do Supremo Tribunal Federal que podem fazer com que essas construções teóricas ganhem nuances diferenciadas, ou ensejem novas ponderações acerca de sua legitimidade.

Para tanto, inicialmente é cabível dizer que o órgão não se filia completamente nem ao modelo europeu de Cortes Constitucionais nem ao arquétipo americano de Suprema Corte.

Quanto ao modelo europeu, não obstante tenha inspirado a inserção do controle concentrado de normas (1965), há que se dizer que não foi adotado, uma vez que as cortes europeias — como bem se sabe — não integram o Poder Judiciário, sendo um órgão que foge ao enquadramento a qualquer um dos três poderes convencionais. Ademais, na indicação para composição de seus membros — conquanto se mostre diferente em cada um dos países — participam ativamente os outros poderes, sendo, em regra pulverizada a escolha entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Além disso, os membros cumprem mandatos fixos, sem a possibilidade de recondução, e geralmente por períodos longos, superiores ao dos membros das instâncias políticas de representação. Essas cortes, então, são estruturadas como uma espécie de quarto poder, um poder moderador.

No caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal integra o Poder Judiciário, sendo seu órgão de cúpula. Ele funciona ao mesmo tempo como Corte Constitucional, Corte Recursal e Corte Ordinária (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 16). Ademais, a forma de ingresso de seus membros é concentrada na figura do Presidente da República, que realiza as indicações sendo posteriormente sabatinados no Senado Federal. Cumprido esses requisitos, passam a integrar o Tribunal vitaliciamente. De modo que fica bem distante do arquétipo de Corte Constitucional no sentido original em que a instituição foi pensada.

Igualmente no que cabe ao modelo da Suprema Corte norte-americana, tanto pelo fato de que a diferença entre as famílias jurídicas já lhes imprime profundas distinções, de acordo com o que foi dito anteriormente; mas também porque possui mais atribuições do que aquelas observadas na Suprema Corte. Além disso, se destaca que enquanto a Corte estadunidense decide sua pauta de julgamento, limitando-se a julgar algumas centenas de casos por ano, no

caso do Tribunal brasileiro, não há essa discricionariedade⁷³, julgando em 2013, por exemplo um total de 89.991 processos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014, online). Daí, com razão, dizerem Joaquim Falcão, Pablo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes (2011, p. 21) que o STF “[...] não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte. Não constrói seu destino. Seu destino lhe é construído por cada recurso que lhe chega por deliberação alheia, de terceiros.”

Desta feita, se nota que o Pretório Excelso brasileiro possui notas distintivas bastante acentuadas em suas características estruturais. A isto se soma o fato de que no desenho institucional brasileiro, no cenário Pós-Constituição de 1988, o STF teve seu papel político ainda mais reforçado⁷⁴, se tornando uma instituição singular, tanto quando comparada a sua própria história, como quando confrontada com as cortes existentes em outras democracias. Oscar Vilhena Vieira chega a falar em *Supremocracia*⁷⁵, aludindo, justamente para essa centralidade nas relações políticas assumidas pelo Tribunal (VIEIRA, 2008, p. 444).

O autor refere-se ao fato de que a ampliação de instrumentos ofertados pela jurisdição constitucional, tem feito o STF ser o responsável por emitir a última palavra sobre diversas questões de natureza substantiva, tanto validando e legitimando decisões das instâncias representativas, quanto, por vezes, substituindo as escolhas majoritárias. A distinção dessa atividade do Supremo daquelas realizadas pelos outros Tribunais constitucionais ao redor do mundo seria de escala e de natureza. “Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador.” (VIEIRA, 2008, p. 445).

Assim, se observa que a Constituição de 1988 e o sistema que foi se delineando posteriormente, visou conferir ao órgão amplos poderes para o exercício de guarda do Texto Maior. Foram atribuídas ao Supremo, funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituição: a de tribunais

⁷³ Não se olvida que a partir da Emenda à Constituição n. 45 de 2004 e a inserção do instituto de repercussão geral o tribunal tenha inserido filtros de acesso à corte, sendo julgadas as questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

⁷⁴ Oscar Vilhena Vieira cita, nesse sentido, as alterações promovidas pelas emendas de n. 3/93, e n. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99 (VIEIRA, 2008, p. 444).

⁷⁵ O termo *Supremocracia*, na acepção de seu criador comportaria duas dimensões de sentido. Na primeira, referir-se-ia à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Desse modo, diria respeito, a capacidade de governar jurisdicionalmente (rule) o Poder Judiciário no Brasil. No segundo sentido, o termo se referiria à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008, p. 444-445).

constitucionais, foros judiciais especializados (ou em competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recurso de última instância (VIEIRA, 2008, p. 447).

De acordo com o *I Relatório Supremo em Números*, a função de corte constitucional exercida pelo STF, corresponde a 0,51% dos processos recebidos pelo Tribunal. A função de corte ordinária ocupa 7,80 % de sua atuação. A imensa maioria versa a respeito do exercício de foro recursal, com 91,69% dos processos recebidos, em um total de 1.120.597 processos, no período de 1988 a 2009 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 21).

Observa-se então que o exercício das atividades deste Tribunal está alargada na dinâmica brasileira, com a nítida proeminência de suas atividades de Corte recursal, com o exercício de última palavra no controle difuso e não de Corte Constitucional que realiza o controle concentrado, haja vista que esta função se encontra minimizada frente as demais.

Assim, se pode visualizar que a atual conjuntura do STF é ambígua. Se por um lado se observa que o órgão possui uma extensa capacidade de apreciar os atos políticos e as mais diversas matérias sob a ótica da Constituição, lhe conferindo um poder político de natureza singular; por outro lado se nota que esta amplidão tem se refletido em um número tão extenso de atribuições e de processos a serem julgados que sua atuação acaba ficando em certa medida engessada.

Desse modo, quando ponderados conjuntamente, os vieses teóricos que embasam a atuação desse órgão — com as respectivas limitações em justificar *ativismo judicial* — e estas peculiaridades do modelo brasileiro que oferece um extenso campo de atuação por parte da Corte, nota-se que há um descompasso. É dizer: para, de fato, dar cabo de cumprir as funções constitucionais que lhe foram incumbidas o órgão deveria ampliar a sua base de legitimidade e rever a quantidade de papeis que desempenha.

A Corte, na prática do ativismo judicial, entra no centro de debates políticos, criando normas a partir dos parâmetros constitucionais e influenciando no desempenho dos demais poderes. Isto lhe exige uma larga base de legitimidade. A despeito de se vislumbrar que o exercício do controle de constitucionalidade exercido pelo STF possui diferentes fontes de justificação, se observou que quando se trata da temática de atribuição de sentidos às diretrizes da Constituição, essas explicações se mostraram insuficientes.

Isto demonstra que há campo para a legitimidade dessa instituição ser aprimorada, aprofundada, densificada. O que tornaria esse ativismo praticado pela Corte mais bem compatibilizado com o princípio democrático.

CAPÍTULO 3 PERSPECTIVAS DE UM APRIMORAMENTO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Da Necessidade de aprimoramento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal

Delineou-se no segundo capítulo que a atividade judicial comporta uma dimensão de criação e que, contemporaneamente, esse aspecto encontra-se superdimensionado, sobretudo, em virtude do caráter das leis que tem se tornado mais abertas, tanto para que o Estado consiga conformar a realidade dinâmica e volátil das sociedades modernas dentro da normatividade, quanto pelo fato de que se inseriram aspectos valorativos nos sistemas constitucionais.

Neste estado de coisas é que o fenômeno do ativismo judicial ganhou destaque e passou a ser debatido, principalmente aquele praticado no Supremo Tribunal Federal. Uma vez que ao decidir sobre a matéria constitucional, dada a textura aberta de suas normas, o Supremo acaba fazendo opções valorativas acerca de seu conteúdo. Daí emerge o problema de se entender quais as razões que permitiriam esse exercício num Estado Democrático, no qual o povo deve ser responsável pelas decisões que o governam.

Verificou-se um vasto estofo de justificações para esta atividade. Todavia, se averiguou, ainda assim, que seriam suscetíveis, em cada uma das diversas explicações, críticas quanto ao aspecto democrático da prática ativista e também quanto ao papel institucional que cada um dos vieses permitiria. Soma-se a essa questão o fato de que o desenho institucional do STF lhe confere uma amplitude de poderes para avaliar os mais diversos aspectos da vida política brasileira sob a ótica constitucional. Desse modo, notou-se que se as funções da Corte encontram-se ampliadas, também deveriam ser expandidos os alicerces de sua legitimidade democrática.

Além disso, como a tendência das disposições normativas é a de ser mais genérica e abstrata para atender às necessidades da coletividade, o ativismo judicial praticado pelo STF não tende a diminuir. Dessa maneira, é preciso se pensar em meios através dos quais essa prática encontre limites, mas também uma fundamentação de legitimidade, de modo a concatenar essas importantes decisões à vontade da população (AGRA, 2005, p. 98).

Se verificada essa necessidade de aprimoramento do STF, seria de bom alvitre que se empreendesse uma discussão social acerca de uma profunda transformação da entidade, mobilizando a sociedade civil, a comunidade jurídica, os representantes legislativos, com fito de se ventilar quais as expectativas que se tem acerca desse órgão e como ele poderia ser mais

bem aparelhado para alocá-las. Este debate, sem dúvida, acarretaria reformas à Constituição, através de Emendas que modificariam sua atribuição, sua composição, a forma de investidura de seus membros, tornando-a mais representativa e plural, além de tantos outros aspectos que se julgasse pertinente, para um melhor funcionamento.

Pode-se ponderar, nessa perspectiva, que a concentração de competências é apontada como um dos principais fatores da deficiência de seu funcionamento. Assim, diz Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 457-458) que se deveria redistribuir as competências do Supremo, pois ele não poderia continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. No modelo atual, esse acúmulo de tarefas só se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas. Pondera o autor que para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional o STF deveria ser liberado de suas tarefas secundárias.

Muitos autores, nesse sentido, propugnam por uma profunda alteração do sistema brasileiro com a implantação de um modelo de Corte Constitucional nos moldes europeus¹. Outros, como Luís Roberto Barroso, já entendem que o momento adequado para isso teria sido na realização da Constituinte e que no atual estágio, melhor seria pugnar pela estabilização do sistema já adotado e aperfeiçoá-lo².

Igualmente são verificadas discussões com base na forma pela qual as decisões são tomadas. Hoje a decisão é resultado da somatória dos 11 votos que, na maior parte das vezes se encontram redigidos antes da sessão. Não há um intercâmbio de ideias entre os ministros. A decisão final não é o resultado de uma robusta discussão, mas antes o resultado da soma dos entendimentos individuais. Conrado Hübner Mendes (2012, p. 59) nesse sentido, constrói um interessante modelo trifásico de decisão, aduzindo que a corte deveria adotar um modelo deliberativo, primando pela interlocução entre os membros da sociedade, em seguida de uma interação colegiada e por fim a decisão escrita deliberativa, em que se lida com todos os pontos de vista, respondendo-os.

Nessa rápida passagem pelo tema se observa que a discussão da instituição se espraia sobre os mais diversos aspectos. Desse modo, atuar nesse campo requer que se delineie um caminho por meio do qual se pretende avançar na discussão.

¹ Pode-se citar, a título exemplificativo, Walber de Moura Agra, Alexandre de Moraes, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, dentre tantos outros.

² Nesse sentido alude que: “Embora muitos tenham defendido essa ideia [adoção do modelo europeu], com bons argumentos, a verdade é que a essa altura a modificação não se afigura positiva. [...] pior do que não ter o sistema ideal é ter um modelo que não se estabiliza nunca, variando erráticamente ao longo do tempo. O mudancismo, nessa e em outras matérias, impede que as instituições se consolidem e sejam compreendidas e absorvidas pela cidadania em geral.” (BARROSO; MENDONÇA, 2013, online)

Assim, reconhece-se a necessidade de que esses aspectos pontuados, dentre tantos outros, sejam discutidos amplamente pela sociedade de modo a se buscar reconstruir os marcos normativos da questão, ensejando profundas alterações no STF, com vistas a torná-lo mais eficaz socialmente e robustecer sua legitimação democrática. Todavia, enquanto — e a longevidade desse “enquanto” pode se mostrar bastante extensa — essas operações de caráter estrutural não são realizadas, ainda é preciso tentar se harmonizar o ativismo judicial praticado por esse órgão com o ideal democrático, no hoje, no presente. Uma vez que o vínculo de justificação democrática não pode se conformar com expectativas futuras de mudança. É preciso que essa anuência esteja fortalecida na atualidade.

Desse modo, tem lugar uma teorização que, a despeito de não abordar todo esse necessário conjunto de mudanças, apresente contributos que independem do marco legal, mas que tenham o condão de aprimorar os atuais alicerces de legitimação do Supremo Tribunal Federal. Nesse lugar da discussão é que se situa o campo no qual se apresentarão os elementos de aprofundamento da legitimidade da Corte na prática do ativismo judicial mais bem adequada ao ideal democrático

Situado o ambiente no qual as reflexões passam a ser tecidas, resta saber sob qual ótica o tema será abordado. Assim, se já se disse que o problema da legitimidade democrática do STF é multifacetado, comportando diversas dimensões, há que se evoluir com base em lentes que permitam apreciar essa multiplicidade do problema. Nesse diapasão é que se mostra útil o prisma por meio do qual Pedro Cruz Villalón aborda o assunto. O autor entende ser possível vislumbrar três vertentes: *a legitimidade de origem, a legitimidade de exercício e a legitimidade objetiva* (VILALLÓN, 1995, p. 86).

O recorte permite uma apreciação estrutural da legitimidade da Jurisdição Constitucional. Assim, analisa-se na *legitimidade objetiva* (também chamada de legitimidade de função) se as atribuições desenvolvidas pela instituição correspondem aos fins para os quais fora criada; a *legitimidade de origem*, por sua vez, refere-se ao modo através do qual os membros que exercem o poder são investidos em seus cargos; a *legitimidade de exercício*, por fim, versa sobre a forma pela qual o órgão exerce sua função, bem como os procedimentos que utiliza.

A perspectiva do autor é entretecida nesse trabalho com a noção de Estado Democrático de Direito, sendo em alguns aspectos ressignificada e ganhando novos contornos. Desse modo, a atribuição exercida deve ser funcional para estabilidade e continuidade da democracia; a investidura no cargo deve se dar por meios que reflitam a

vontade popular; e o desempenho de suas incumbências deve respeitar os procedimentos democraticamente previstos.

Assim, se compreende que a *Legitimidade objetiva* residiria no fato da função exercida pelo Tribunal ser necessária para continuidade e estabilidade da democracia (ZAFFARONI, 1995, p. 43, VILALLÓN, 1995, p. 86-87). Aborda-se nessa mirada a noção de democracia constitucional em que a Constituição — para que tenha sua observância obrigatória assegurada — possua um órgão capaz de fiscalizar o cumprimento de suas disposições. Além disso, na perspectiva de que os direitos fundamentais, inseridos nas constituições, passaram a integrar o próprio conceito de democracia, a legitimidade da função se perfaz também com a defesa e concretização dos direitos fundamentais.

A *legitimidade de origem* se vincula à forma como é composto o órgão que exerce a jurisdição constitucional. Versa sobre os seus agentes. Nesse aspecto se discute o procedimento de ingresso, o tempo de permanência, o uso de mandatos previamente determinados (VILALLÓN, 1995, p. 87-88).

O debate a respeito da *legitimidade de exercício* versa sobre o modo por meio do qual a decisão judicial é formada. Assim, segundo Villalón, refere-se ao fato de que as decisões da jurisdição devem ser tomadas de acordo com os procedimentos jurídicos, com base no padrão normativo da Constituição. Distingue-se do ato político justamente por ser fundamentada, argumentada e racionalizada (VILALLÓN, 1995, p. 88-89).

Aquela crítica mais básica acerca da jurisdição constitucional geralmente se fixa em sua *legitimidade de origem* aduzindo que dada a baixa influência que os cidadãos tem no processo de escolha dos membros do STF, ele se mostraria ilegítimo em invalidar leis do parlamento. Todavia, para além dessa crítica, a forma de recrutamento dos Ministros enseja diversas discussões.

Exsurgem problemas, por exemplo, na possibilidade de eles serem votados diretamente como ocorre, por exemplo, na experiência boliviana³, ao que se opõe teóricos como Ronald Dworkin (2006, p. 549), para quem em determinadas situações, sobretudo, no que tange aos valores constitucionais, é salutar que as decisões não dependam da soma

³ De acordo com o artigo 199 da Constituição da Bolívia de 2009, estão qualificados para compor o Tribunal Constitucional pessoas com 35 anos ou mais e que tenham conhecimento especializado ou experiência comprovada de pelo menos oito anos nas disciplinas de Direito Constitucional e Administrativo e de Direitos Humanos. Os candidatos são propostos por organizações da sociedade civil, inclusive as indígenas e camponesas, e pré-selecionados pelo Congresso. A lista é submetida a votação popular. A Corte Constitucional passa a ser composta pelos sete mais votados. Garantido o preenchimento das cotas para as mulheres (três vagas), e para indígenas ou camponeses (duas vagas) restam duas vagas para a livre escolha de toda a sociedade. Os que ficarem entre as posições 8ª e 14ª serão os suplentes. Os sete que vierem em seguida serão os suplentes dos suplentes. Os magistrados ficam no cargo por seis anos, sem direito a recondução.

numérica e nem do equilíbrio da balança política, mas sim da discussão de princípios. Não se debatem vontades individuais dos eleitores, mas a concepção de comunidade, diferentes concepções de bem comum.

Mas, mesmo no âmbito daqueles que não pugnam por eleição para os membros da Corte, há diversas perspectivas quanto à forma pela qual se alcançaria uma maior representatividade desses componentes da Corte, de modo a traduzir toda a pluralidade social.

Por exemplo, Luís Roberto Barroso compreende que no contexto brasileiro é salutar que o protagonista da nomeação seja o Presidente da República. Sustenta seu argumento dizendo que a responsabilidade política do Congresso é extremamente diluída, em razão de sua composição envolver centenas de membros e dezenas de partidos políticos. A responsabilidade do Presidente, ao contrário, em virtude de sua visibilidade e destaque é mais facilmente fiscalizada, assim em termos de controlabilidade social entende que é de melhor alvitre a manutenção do modelo vigente (BARROSO, 2013, online). Contrariando tal visão têm-se autores como Walber de Moura Agra (2005, p. 286), Franciso Gérson Marques de Lima (2009, p. 163-164) e Alexandre de Moraes (2000, p. 295), que aduzem que a escolha dos ministros deveria restar pulverizada entre os três poderes.

Assim, dada a controvérsia que se vislumbra nesse campo e que talvez ocupasse todo esse trabalho para cuidar do tema, optou-se por não tratar os elementos que contribuíssem com a densificação nesse âmbito da legitimidade de origem. Ademais, reforça-se esta escolha, uma vez que, como o trabalho pretende situar suas contribuições num campo que independa da alteração do marco normativo, e uma alteração do modo de investidura do cargo fatalmente dependeria da intervenção do Legislador, as mudanças nessa seara ficaram fora do objeto de pesquisa.

Assim, as notas para o aprofundamento da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal serão tecidas no campo de sua *Legitimidade objetiva* e de sua *Legitimidade de exercício*. Nos tópicos seguintes passa-se a abordar as construções teóricas que permitem fornecer contributos nesse âmbito.

3.2 Possibilidades de Densificação da Legitimidade democrática

3.2.1 Legitimidade objetiva: direitos fundamentais enquanto condição da democracia

Uma reflexão pertinente à legitimidade objetiva de qualquer órgão estatal leva em consideração se a função desempenhada por este organismo tem conseguido corresponder aos

objetivos pretendidos quando de sua institucionalização. Assim, em se tratando de um regime democrático, vislumbra-se a filiação a uma perspectiva em que a democracia — para que de fato possa se perfazer e para que se possa alcançar um verdadeiro autogoverno — pressupõe o funcionamento articulado de diferentes funções e, por conseguinte, de diferentes centros de Poder. Por esta lógica, poderia se intentar, então, que o Poder Legislativo teria a função de traduzir os anseios da população em preceitos de observância obrigatória para todos os membros da comunidade a fim de ordenar a interação gregária. O mesmo exercício intelectual, permitiria dizer que, quando se pensa no Poder Executivo, sua função seria de executar as normas votadas no Legislativo, cuidando de tornar as relações sociais pautadas pelos preceitos que o próprio povo decidiu.

Conquanto esta linha de raciocínio comporte uma grande abstração da realidade do funcionamento dessas instituições, além de não considerar que a realização de suas tarefas, numa sociedade contemporânea, comporta uma complexidade muito maior do que a esboçada; ela permite observar que a noção de autogoverno pressuporá uma relação de complementação entre os diversos órgãos que compõe o Estado. Observe-se: mais do que os Poderes estatais, fala-se em órgãos, pois as diferentes instituições que compõe o Estado, em suas diferentes hierarquias desempenham funções para que a “máquina democrática” opere. Portanto, fica claro que tratar a respeito da legitimidade objetiva ou de função, traduz a ideia de uma averiguação acerca do modo por meio do qual o conjunto de atividades desempenhada por uma entidade estatal pode contribuir para o funcionamento democrático.

Nessa linha, Pedro Cruz Villalón (1995, p. 86), ao tratar de sua tipologia, aduz que a legitimidade de função de uma Corte Constitucional residiria na proteção das normas criadas em um momento da mais alta participação política e que se convolam no alicerce de toda a vida em sociedade, é dizer: na proteção da Constituição. A partir dessa premissa o autor chega a defender que a legitimidade dos tribunais constitucionais é antes de tudo a legitimidade da própria constituição.

Assim, em síntese, o que Pedro Villalón está ponderando é a noção de supremacia constitucional e a sua necessidade para democracia. Nessa linha, vale recuperar as lições de José Duarte Neto (2010, p. 177) ao lembrar que o controle de constitucionalidade é pressuposto da preservação da supremacia constitucional e instrumento que assegura sua rigidez. Uma vez que quando o ato inconstitucional persiste ou é admitido no sistema, a Constituição não é dotada de uma suprallegalidade, porque possível de ser negada formalmente e materialmente. Daí a necessária função de controle de adequação normativa com relação à Constituição, pois se traduz num meio de impor barreiras à discricionariedade

de o legislador modificar a obra constitucional. Desta feita, através desse tipo de controle, possibilita-se que as regras democráticas mais basilares não sejam erodidas por maiorias temporárias.

Todavia, como já se asseverou anteriormente com Conrado Hübner Mendes (2008, p. 23), reconhecer que o controle de constitucionalidade é elemento estruturante da democracia, por garantir a supremacia da constituição, não significa dizer que esse controle deva ser feito de modo jurisdicional (SARMENTO, 2008, p. 559). Trata-se de escolha política que é feita em cada regime concreto. No caso da Constituição de 1988 (em seu art. 102, *caput*) expressamente atribuiu-se ao STF a guarda da Carta Política. Assim, fica claro que o Supremo Tribunal Federal atua na funcionalidade do regime democrático brasileiro protegendo o diploma normativo constitucional.

Esta perspectiva de legitimidade objetiva trazida por Pedro Cruz Vilallón (1995, p. 86), no entanto, claudica em sua justificação quando se está diante da prática do ativismo judicial. Isso porque nessa dimensão da atuação judiciária, mais do que proteger as disposições trazidas pela Constituição, os juízes com base nos valores albergados na Carta estipulam novas criações normativas conformando situações sem o intermédio da atividade legislativa. É bem verdade que essa prática busca proteger os axiomas que a Constituição entende serem estruturais para vida comunitária; todavia, ainda assim, se pode notar que a função exercida não se limita a proteção do Diploma Político.

Nessa seara, seria importante entretecer a justificação de sua legitimidade objetiva com outro fundamento, para além da proteção do Estatuto Político, pois nessa dimensão proativa, essa linha não tem o condão de justificar a sua atuação. Desta feita, mostra-se como alternativa também imputar à Corte a função de proteção de direitos fundamentais, uma vez que (como se passará a explicar) essa horda de direitos consiste em elementos condicionantes da democracia. Significa dizer: além da custódia normativo-constitucional, se visualiza no Tribunal o exercício de uma função de salvaguarda dos direitos fundamentais, pois assim, estará atuando no fortalecimento substancial da democracia.

Ora, o Pretório Excelso ao realizar o controle de constitucionalidade em boa medida já promove a defesa dos direitos fundamentais, haja vista que o texto constitucional os prevê. Contudo, neste tópico, busca-se dar um passo além nessa ótica de proteção, entendendo como uma das funções precípua da Corte, a garantia de fruição dos direitos fundamentais. Desse modo, a atuação do STF quando orientada à concretização e ao amparo de direitos fundamentais, por se aproximar do desempenho de sua função dentro do jogo democrático, contribuiria para adensar sua legitimidade. Ou seja, o Ativismo tanto mais será legítimo

quanto mais estiver comprometido com a efetivação de Direitos Humanos; perdendo em força justificadora quando se afaste dessa orientação.

Portanto, se já se compreendeu as linhas mestras do que se deseja trabalhar com a noção de legitimidade objetiva, a questão que se impõe é saber por quais motivos seria possível dizer que a proteção dos direitos fundamentais se configura como elemento do funcionamento democrático.

Para este intento, faz-se necessário, inicialmente, realizar uma pequena digressão quanto ao que se entende por democracia. Com Norberto Bobbio (2000, p. 37-38) se pode dizer que, historicamente, o conceito de democracia se desenvolveu a partir de dois significados distintos. Uma primeira vertente na qual se punha em maior evidência o conjunto de regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, trata-se da ideia de regras do jogo. A segunda dimensão é desenvolvida sobre o ideal que deveria inspirar um governo democrático, que é o da igualdade. Com base nessa distinção é que se costuma diferenciar a democracia formal da democracia substancial.

A primeira forma desenvolveu-se no curso do Estado Liberal — a chamada democracia liberal —, restringia-se aos aspectos formais para tomada de decisão. Assim, promovia o reconhecimento legal de regras que estruturariam o processo de tomada de decisão. Nessa esteira, juntamente com a proteção dos direitos individuais clássicos (direito à vida, à liberdade, a propriedade, à igualdade formal às liberdades de expressão, direito de associação) somam-se os direitos políticos (voto, instituição de partidos políticos).

Se inicialmente as ideias de liberalismo e democracia possuíam dimensões antagônicas⁴, com o caminhar histórico, diz Norberto Bobbio (2000, p. 43), passaram a se tornar interdependentes, uma vez que o método democrático se tornou instrumento para salvaguarda dos direitos individuais da pessoa, que estão na base do Estado Liberal; mas, também porque a salvaguarda desses direitos se tornou necessária para o correto funcionamento da democracia. Nas palavras do próprio autor:

[...] a maior garantia de que os direitos de liberdade sejam protegidos contra a tendência dos governantes de limitá-los e suprimi-los está na possibilidade que os cidadãos tenham de defendê-los contra os eventuais abusos. O melhor remédio contra o abuso de poder [...] é a participação direta ou indireta dos cidadãos, do maior número de cidadãos na formação das leis. Sob este aspecto, os direitos políticos são um complemento natural dos direitos de liberdade e dos direitos civis [...]

⁴ A respeito do nascimento contraposto das ideias de liberalismo e democracia já se ponderou anteriormente quando se versou a respeito do Estado Social no capítulo Segundo.

Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. (BOBBIO, 2000, p. 43-44).

Portanto, sob essa quadra de análise, já é possível se vislumbrar a relação de reciprocidade entre os direitos individuais, civis e políticos — os chamados direitos de primeira dimensão — com o funcionamento democrático, visto que eles se configuram no conjunto de pressupostos básicos para que os cidadãos possam participar da formação da vontade política. Inclusive, se pode observar com Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 22) o papel que o Poder Judiciário cumpria nessa dinâmica, visto que lhe cabia assegurar a proteção desses direitos em caso de violação. Assim, pondera o autor que, mesmo nesse âmbito do pensamento liberal, já se notava a inter-relação entre a proteção judicial dada aos direitos fundamentais e o desenvolvimento da democracia. Segundo ele, a própria ideia de constituição garantia é decorrente desse âmbito funcional do Judiciário.

Todavia, o mero reconhecimento formal das regras do jogo e a tutela judicial dos direitos individuais não foram capazes de promover sociedades verdadeiramente democráticas. A atribuição ao povo do direito de participar das decisões políticas por meio do sufrágio, desacompanhado de medidas que tornassem mais equânime a distribuição do poder econômico, fez o direito ao voto se tornar mais aparência do que efetiva participação (BOBBIO, 2000, p. 83).

Assim, no transcurso do Estado Social passou-se a discutir que também os direitos às condições materiais básicas de vida são necessários para o efetivo exercício da cidadania. A ausência destas condições, bem como a presença de um nível exacerbado de desigualdade social, compromete a condição dos cidadãos de agentes morais independentes, e ainda prejudicam a possibilidade de que eles se reconheçam como parceiros livres e iguais na empreitada comum de construção da vontade política da sociedade (SARMENTO, 2008, p. 560). Somente com uma situação social mais equânime, é possível transformar-se o poder formal de participação em um poder substancial, realizando o fim democrático de maior igualdade entre os homens (BOBBIO, 2000, p. 83). A essa conjugação tem se atribuído a expectativa de realização de uma democracia substancial, de modo que a deliberação acerca das principais questões de interesse público de fato resulte da vontade popular (SOUZA NETO, 2006, p. 4).

Portanto, dentro dessa perspectiva é que se abre a discussão que busca colocar os direitos fundamentais — referindo-se, aqui, tanto aos direitos individuais, civis e políticos, quanto os direitos sociais, econômicos, culturais — enquanto condição para um efetivo exercício da democracia.

Para este intento, mostra-se oportuno recuperar algumas das ponderações de Ronald Dworkin. Quando foi esboçado o pensamento do autor acerca da revisão judicial, já havia se asseverado que, em sua percepção, o procedimento majoritário não exaure toda a noção de democracia, seria necessário atender àquilo que ele chama de condições democráticas. Para ele as decisões coletivas devem ser tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, o mesmo respeito. Assim, desvincula a democracia da mera regra da maioria. Não basta o procedimento, é necessária uma substância (condições democráticas). De modo que a premissa majoritária deve respeitar tais condições democráticas para que o exercício da democracia de fato se aperfeiçoe, é dizer, respeitar as condições de participação moral numa determinada comunidade política (DWORKIN, 2006, p. 26, 36; MENDES, 2008, p. 76).

É bem verdade que a principal preocupação de Dworkin assenta-se no âmbito das garantias individuais (DWORKIN, 2006, p. 58). Todavia, a lição é importante, porquanto permite visualizar que a noção de patamares mínimos deve ser respeitada com o fito de que a democracia se realize. Ademais, trazendo-se novamente a perspectiva habermasiana, a partir da leitura feita por Cláudio Pereira de Souza Neto, é possível se encontrar complementos teóricos para debater a necessidade de que, também um contexto social razoavelmente igualitário — por razões políticas —, se mostre necessário para deliberação democrática (SOUZA NETO, 2006, p. 4).⁵

O autor então entende que o papel do direito é garantir que todos os cidadãos tenham igual possibilidade de influenciar na formação da opinião e da vontade coletiva. Essa é a medida para se limitar a vontade da maioria, desse modo, o limite da deliberação democrática é, portanto, a manutenção da própria democracia (SOUZA NETO, 2002 p. 304). Assim, a

⁵ Acerca da utilização das construções teóricas de Dworkin e Habermas, vale ponderar com Gustavo Binbenbojm (2004, p. 117-118) que, a despeito de partirem de fundamentos filosóficos diversos, é possível se visualizar pontos de intersecção das teorias. Sobretudo, para os fins aqui tratados, uma vez que direitos fundamentais e democracia tanto para Dworkin como para Habermas, convivem numa relação de implicação recíproca. Assim, nessa ótica, é possível se sustentar — sem que se incorra em uma inconsistência lógica — que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta de Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Isso se dá porque na perspectiva de Jürgen Habermas os direitos fundamentais são condições para o procedimento democrático. Daí dizer Binbenbojm que tais funções da corte longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos elas se superpõem (BINENBOJM, 2004, p. 118).

tomada de decisão torna-se legítima quando estiver assegurada a participação ativa de todos os cidadãos, através de autonomia pública, bem como se estiverem garantidas as liberdades subjetivas de todos os indivíduos sem exceção, através da autonomia privada. A perspectiva inova, todavia, por agregar a esses requisitos para a deliberação democrática os direitos fundamentais a *condições de vida garantidas socialmente* (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 160).

Desse modo, esta ideia traduz que os direitos sociais, no limite da fundamentalidade, conformam a estrutura básica do regime democrático. Assim, tais direitos funcionam também como condição de possibilidade da democracia. A garantia dos direitos sociais desenvolve no cidadão a ‘capacidade’ para exercer real influência sobre os destinos da comunidade. Ora, para que qualquer indivíduo seja um bom locutor/ouvinte, competente para a participação em qualquer discurso, mostra-se preciso que lhe sejam atribuídas garantias mínimas; não há participação em o que quer seja sem um mínimo de educação, alimentação e saúde. Pode-se, reforçar tal perspectiva aprofundando a questão do direito à educação, pois sem ele, o indivíduo possui menor aptidão para influenciar a vida pública (SOUZA NETO, 2008, p. 524; CRUZ, 2008, p. 117).

Aliás, dentro de uma justificação normativa, baseada na Constituição de 1988, também é possível se visualizar que igualmente os chamados direitos sociais tornam-se condições para o exercício democrático no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro é de bom alvitre lembrar que a despeito da dificuldade em se falar de uma constituição enquanto uma ordem concreta de valores⁶, não se pode negar que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Isso se mostra bastante acentuado na Constituição de 1988, pois, da mesma forma que outras constituições (a alemã, a espanhola e a portuguesa) que representaram marcos na superação de formas estatais autoritárias, possui uma especial preocupação com a promoção de valores humanitários de

⁶ A ideia de que uma constituição revela uma ordem concreta de valores foi defendida no Brasil pelos ‘constitucionalistas comunitários’. Acerca dos problemas da adoção dessa ideia no cenário brasileiro, pontua Gisele Cittadino que “[...] o constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro esquece que as orientações valorativas e os interesses nos quais se ancora o pluralismo social e cultural não constituem a identidade de uma comunidade em seu conjunto. Nenhum discurso ético tem a capacidade de equilibrar os conflitos decorrentes desses interesses que se confrontam. No Brasil, esse conflito chega assumir uma dimensão perversa. Se lançarmos um rápido olhar sobre nossa sociedade, vamos perceber de imediato, o caráter perverso que o pluralismo social assume entre nós, de vez que ele se caracteriza, antes de mais nada por profundas divisões sociais. Com efeito, se não podemos caracterizar a sociedade brasileira como congruente e harmônica, tampouco podemos nos referir à Constituição como uma ordem concreta de valores compartilhados por nossa comunidade. Não podemos como querem os ‘comunitários’, tomar as normas jurídicas como bens atrativos sobre os quais recaem preferências valorativas. A garantia do sistema de direitos constitucionais, que certamente foi instituído com o objetivo de enfrentar os antagonismos e as divisões provenientes do nosso perverso pluralismo social, só será possível se tomarmos as normas constitucionais em um sentido deontológico, ou seja, tão-somente como comandos que obrigam seus destinatários igualmente sem exceção.” (CITTADINO, 2004, p. 229-230).

dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça. Não há como negar, diante de constituições com este teor e esta origem, a relevância da dimensão axiológica dos respectivos textos magnos (SARMENTO, 2003, p. 274-275).

Todavia, conquanto contemple *valores substantivos*, a Lei Fundamental é dotada de plasticidade material suficiente para abrigar distintas ideologias e cosmovisões dos diferentes grupos que compõe a sociedade, permitindo que eles possam se autodeterminar na busca de seus projetos pessoais de vida. Desse modo, a visão tratada nesse trabalho é a de que os direitos fundamentais não representam o engessamento da sociedade. Pelo contrário, eles permitem catalizar o debate entre ideias e projetos divergentes, convertendo-se, com isso, em instrumentos de promoção do pluralismo (SARMENTO, 2003, p. 305).

Portanto, se bem entendida a lógica, por meio da qual se trabalha os valores substantivos trazidos pelos direitos fundamentais — em que eles conformam, sem asfixiar a democracia —, pode-se, então, tecer a argumentação de como a Constituição de 1988 incorporou os direitos sociais à fundamentalidade da democracia. Gisele Cittadino (2003, p. 25), nessa seara, pontua que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, uma vez que a Constituição estipulou os objetivos fundamentais (art. 3º, CF) do Estado, orientando a compreensão de todo o ordenamento jurídico pelo critério dos direitos fundamentais.

Assim, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico e como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 130). Além disso, a Carta de 1988 foi a primeira a integrar os direitos sociais e econômicos ao elenco dos direitos fundamentais, visto inseri-los também no “Título II – dos direitos e garantias fundamentais”. Nesse passo, além de estabelecer em seu art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; também apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

Comumente intenta-se que essa ordem de direitos seria dirigida unicamente aos ramos do poder político que controlam o orçamento nacional e teriam legitimidade democrática para distribuir recursos aos diversos grupos sociais. Esses direitos não teriam uma aplicabilidade plena, expressariam apenas programas a serem implementados pelo Legislador. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais seriam objetivos a serem alcançados com a democracia, e não sua condição de existência. Assim, quando o legislador deixasse de cumprir o programa

constitucional, haveria a possibilidade de o Judiciário declará-lo em mora, mas não seria possível que tal Poder efetivasse o programa (SOUZA NETO, 2006, p. 15-16).

Todavia, a mirada da questão a partir da ótica de que os direitos fundamentais expressam condições do regime democrático — como pontua a ideia de democracia deliberativa — permite rediscutir o desempenho do papel do Judiciário na democracia. Isso porque se os direitos sociais são direitos fundamentais e, enquanto tal, são estruturais para a democracia, devem se situar num núcleo de intangibilidade que não pode variar de acordo com as perspectivas majoritárias. Desse modo, passam a ser protegidos pelo Judiciário, pois assim estará exercendo a sua função de guardião da formação da deliberação popular (SOUZA NETO, 2006, p. 24).

Por este ângulo de análise, é possível se superar, em boa medida, a crítica concernente a carência de legitimidade democrática do STF ao atuar na concretização de direitos sociais, segundo a qual, em virtude do caráter prestacional desses direitos, que envolveriam a tomada de opções políticas em cenário de escassez de recursos; implicando decidir, estabelecer prioridades e implementar políticas públicas, tal tarefa deveria ficar restrita ao Legislativo e ao Executivo, pois foram eleitos e suas deliberações refletem a vontade da maioria. Ora, com o giro analítico empreendido, estes embargos ganham resposta através da própria teoria da democracia. Isto porque se torna possível vislumbrar que, quando uma deliberação majoritária alcance decisões que violem os patamares mínimos dos direitos sociais, estar-se-ia atentando contra os próprios elementos que constituem o regime democrático. Desse modo, caberia o controle por parte do Judiciário, com o fito de incrementar as condições para que o povo decida melhor (SOUZA NETO, 2006, p. 26, 22).

Daí se vislumbrar que “[...] o ativismo judicial no campo social não representa uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para sua efetiva manifestação.” (SOUZA NETO, 2006, p. 3). Aliás, é mesmo de se notar que, a ausência de políticas públicas destinadas a por em prática os direitos sociais pode dificultar o envolvimento político de pessoas em maior desvantagem e, portanto, enfraquecer o valor total do processo democrático (GARGARELLA, 2008, p. 219). Se isto é verdade, observa-se que esse ativismo, então, estaria a proteger as garantias de condições de vida, sem as quais a noção de cooperação social resta esvaziada. Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 33-34) pondera, nesse sentido, que quando as diferenças sociais se radicalizam

[...] a ponto de criar uma fronteira entre aqueles que têm o direito à vida e aqueles que não o têm – apenas por não serem capazes de arcar com os custos de medicamentos amplamente disponíveis no mercado – minam gravemente os

próprios alicerces da estrutura básica de uma sociedade que se legitima ao afirmar que trata a todos como dignos de igual respeito.

A esse propósito, é importante trazer as asserções de André Ramos Tavares, que pontua que dentro desse cenário a adoção, de um modo irrestrito, de uma postura de autocontenção, desemboca na própria deslegitimação da justiça constitucional. Uma vez que nessa abstenção estar-se-ia, na verdade, trabalhando contrariamente a formação de uma democracia substancial. Sobretudo, porque no cenário brasileiro, o modelo adotado é de uma jurisdição implementadora da Constituição (TAVARES, 2007, p. 161).

Nessa mesma linha, Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira (2006, p. 146) aduzem que se mostra necessário reinventar a relação com o Poder Judiciário, com vistas a converter este Poder em um *locus* de afirmação de direitos, que dignifique a racionalidade emancipatória dos direitos sociais e econômicos, como direitos que são verdadeiramente garantidos. Isto porque, na percepção dos autores, da própria leitura do texto constitucional já se poderia deduzir que sua implementação é pré-requisito procedimental à prática da democracia (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 133).

Entretanto, não se pode pensar, em virtude desses argumentos até então apresentados, que se podem negligenciar os riscos para a democracia que um ativismo judicial desmedido em matéria de direitos sociais possa causar. O Poder Judiciário não pode ser entendido como a principal instância de decisão sobre políticas públicas e escolhas alocativas para implementação das prestações sociais. É preciso avançar na questão com ponderação. Desse modo, se por um lado parece necessário reconhecer que o Poder Judiciário tenha papel relevante na proteção dos direitos sociais, por outro, não se pode esperar que ele seja o protagonista da atuação estatal nessa arena (SARMENTO, 2008, p. 565).

O que se pretende deixar claro é que uma atuação do STF que promova uma maior intervenção judicial, buscando a afirmação dos direitos sociais, não está trabalhando contra a democracia, senão cumprindo uma de suas exigências. Contudo, ao reconhecer tal possibilidade, não se está depositando expectativas descabidas no órgão, ou esperando que todos os poderes e responsabilidades na construção de uma ordem social mais igualitária caibam ao Tribunal. A elaboração de diretrizes normativas pelo Legislador e a implementação de políticas públicas pelo Executivo, são, sem dúvida, o principal meio de assegurar as garantias sociais. Portanto, defender a possibilidade de atuação judicial não significa pretender reduzir os direitos sociais, econômicos e culturais à sua justiciabilidade. Trata-se tão somente de reconhecer a inclusão do espaço judicial como mecanismo, em conjunção com

tantos outros, através do qual se pretende também proteger direitos fundamentais (COURTIS, 2008, p. 489).

Quando a questão é entendida por este prisma, também se mostra possível afastar o argumento de que ao atuar na seara de concretização de direitos sociais o Poder Judiciário, acabaria promovendo a desmobilização da luta política, pois os cidadãos passariam a buscar soluções individuais em cada ação judicial concreta, ao invés de almejam a conquista coletiva dos direitos. Ora, primeiramente, cabe novamente lembrar que, implementar condições básicas para a participação na deliberação, não irá causar a desmobilização, na verdade, habilita o cidadão a atuar politicamente. Mas, para além dessa primeira contra-argumentação, se pode dizer que existem casos em que a atuação junto ao Judiciário se dá de modo coordenado a estratégias mais amplas dos movimentos sociais. Pode se exemplificar, a partir de Claudio Pereira de Souza Neto (2008, p. 524), conforme o qual:

No caso brasileiro, as decisões que determinavam a distribuição de medicamentos para portadores do vírus HIV se inseriam em movimento mais abrangentes de luta pelo direito à saúde, e provocaram a alteração da política pública formulada para o setor: levaram à aprovação de leis determinando a distribuição gratuita dos medicamentos e a produção de medicamentos genéricos; catalisaram as reivindicações sociais e provocaram a ação do Governo, que passou a atuar, inclusive no plano internacional, com intuito de rescindir patentes. Nesse caso ao invés de desmobilizar a cidadania, o Judiciário contribuiu para que a atuação cidadã tivesse lugar.

Assim, o que se observa é que no âmbito teórico, a proteção judicial de direitos fundamentais não resultará necessariamente numa apatia política dos cidadãos, ainda que esse risco, na prática, seja bastante possível. Entretanto, mesmo quando se tira a discussão dos termos abstratos e a analisa em termos concretos, nota-se que essa judicialização também pode repercutir — e há casos que tem repercutido — de modo a somar-se à mobilização cidadã.

Inclusive, nesse ponto, observa-se que uma postura ativa e reivindicatória por parte dos segmentos sociais, valendo-se dos legitimados ativos, para alcançar, por meio do STF, a concretização de direitos fundamentais faz com que esse Tribunal cumpra sua missão institucional: de promotor de um contexto propício para a construção de uma verdadeira democracia. O uso dessa alternativa de espaço institucional para discussão e conquista de direitos fundamentais, se tomada por essa ótica, extrai as potencialidades que a Corte pode oferecer, numa área em que realmente possa contribuir; num papel subsidiário — é bem verdade —, mas essencial para a democracia, pois torna estáveis as bases para que o próprio povo substancialmente seja capaz de se autogovernar e gerenciar seu destino.

André Ramos Tavares, pontuando acerca dessa tensão que se coloca no legítimo espaço que a jurisdição constitucional teria para agir, pondera que, sem dúvida, uma atuação intransigente, global e exclusiva da justiça constitucional no âmbito dos direitos fundamentais se mostraria democraticamente repulsiva. Existem searas nas quais a atuação de um tribunal constitucional, seria desastrosa e, mais do que isso, tecnicamente indesejada. Assim, numa construção teórica acerca do papel da jurisdição constitucional ativa e substantiva, devem ser levados em consideração esses impedimentos. Todavia, não se poderia sustentar — em termos teóricos — essa não intervenção quando se estivesse em discussão i) o controle tradicional de violação, pelo Estado, de direitos fundamentais; ii) a concretização implementadora de direitos fundamentais declarados pela Constituição (TAVARES, 2007, p. 162).

Deste modo, entretecendo a perspectiva do referido autor com a argumentação tecida, observa-se, então, que em certas searas o Tribunal deve atuar para cumprir a sua tarefa funcional. A ideia de ativismo judicial e autocontenção devem se alternar no STF; devendo o órgão atuar e concentrar atividades para proteção das violações de direitos e na concretização, com vistas a implementar direitos que não são satisfeitos nas vias tradicionais.

Nesta ideia de maior equilíbrio, entre as arenas em que o STF deve praticar um maior ativismo judicial e outras nas quais esta intervenção não será tão salutar, é interessante trazer a mirada de Daniel Sarmiento (2008, p. 563), quando vislumbra que essa tensão reflete o próprio paradoxo que percorre todo o constitucionalismo contemporâneo, que implica no convívio, ao mesmo tempo sinérgico e conflituoso, entre democracia e direitos fundamentais. Assim, se de um lado a constitucionalização dos direitos impôs barreira à deliberação majoritária, *limitando* a democracia; por outro, ela visa garantir e promover os pressupostos para as interações democráticas na sociedade, *possibilitando* a própria democracia. O Tribunal, para contribuir a um funcionamento bem azeitado dessa dinâmica, tem que saber os temas em que deve ter uma atuação mais incisiva e as searas nas quais deve permitir que o espaço público decida.

Por fim, se bem entendida toda a discussão esboçada, pode se visualizar que a prática do ativismo judicial mais voltada para proteção e concretização dos direitos fundamentais se mostra enquanto possibilidade de densificação da legitimidade objetiva do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, quando atua nesse campo está desempenhando o seu papel institucional de forma mais acertada, pois reforça as condições que são necessárias para a realização democrática. É dizer: cumpre esmeradamente o desempenho para o qual existe, por isto sua legitimidade objetiva resta fortalecida.

3.2.2 A legitimidade de exercício: pluralização e democratização do processo decisório

Abordar a legitimidade de exercício de um órgão estatal significa — de acordo com o ponderado — analisar a forma por meio da qual sua função é exercida, isto é, verificar se, no conjunto de procedimentos realizados por esse órgão, estão refletidas as diretrizes valorativas que inspiram e fundamentam a prática do Poder estatal. Esta vertente da legitimidade permite o constante robustecimento do elo entre os governantes e governados, haja vista ser através dela que é possível averiguar se os valores partilhados por uma sociedade concreta estão a condicionar o modo através do qual as suas instituições operam.

Se esta é a lógica desse tipo de análise, é oportuno concluir que quando se está a abordar uma sociedade que constituiu um Estado Democrático de Direito, o exercício das atividades de seus órgãos deve estar pautado pela formação democrática da decisão. É bem verdade, que dentro das peculiaridades da função desempenhada.

Neste ponto, cabe recuperar a lição de José Afonso da Silva ao descrever o Estado Democrático de Direito. Para o autor, o elemento democrático proposto nessa conformação estatal não se restringe a qualificar o Direito. Como possível observar em sua própria denominação, a democracia se liga ao próprio Estado, passando, assim, a guiar não apenas a ordem jurídica, mas todo o agir estatal, que deve estar ajustado ao interesse coletivo (SILVA, 2005, p.120). Portanto, é perceptível que os valores democráticos hão de ser irradiados para todas as instituições que compõe essa articulação política.

Assim, ao tomar essa perspectiva, é forçoso concluir que ao se abordar a discussão pertinente à legitimidade de exercício, se está, em última análise, tratando a respeito de um processo de *democratização* das instituições estatais.

Dessa forma, neste tópico, não se pretende restringir a discussão a perspectiva que Pedro Cruz Villalón (1995, p. 88-89) deu ao assunto, quando de sua exposição, almeja-se entretecê-la com a ideia de *democratização*. Isto porque, a dimensão trazida pelo autor, referia-se a ótica, segundo a qual, a formação da decisão do Tribunal se estribaria em um rígido respeito aos procedimentos judiciais, alicerçados no padrão normativo da Constituição. A partir do respeito a esse procedimento seria alcançada uma decisão racional. Ao inserir a pauta da *democratização* na discussão da legitimidade de exercício, caminha-se no sentido de demonstrar que a participação popular no processo decisório da Corte, serviria como elemento aprimorador de sua legitimidade. Tanto pelo fato de que reforça o liame democrático, quanto por permitir o alcance de uma maior racionalidade argumentativa no processo.

Aliás, mais do que abordar a ideia de *democratização*, pretende-se consentaneamente trabalhar com a noção de *pluralização*, haja vista que esses conceitos caminham juntos. Desta feita, antes de avançar na discussão, resta necessário, tornar claro o que se pretende dizer com estes termos.

Democracia e pluralismo são conceitos próximos que possuem em comum a contraposição ao abuso de Poder, no entanto, não se confundem. Não possuem a mesma extensão de sentido. Existem exemplos históricos de sociedades democráticas não pluralistas e sociedades pluralistas não democráticas (BOBBIO, 1986, p. 58).⁷ Desse modo, é importante perceber a relação entre ambos. São duas propostas diversas que convergem e se complementam. Enquanto a teoria democrática leva em consideração o poder autocrático, isto é, o poder que parte do alto, sustentando que o remédio contra ele seria a articulação de um poder que vem de baixo; a teoria pluralista se opõe ao poder monocrático, aquele concentrado em uma única fonte, ponderando que a contenção desse tipo de poder, seria o poder distribuído (BOBBIO, 1986, p. 60).⁸

Não obstante essa distinção dos conceitos, nos Estados contemporâneos falar em democracia é falar em uma democracia pluralista. Isto porque, dada as hodiernas características estatais (extensão de território, número de habitantes e a multiplicidade dos problemas que devem ser resolvidos), torna-se de difícil ocorrência a possibilidade de democracia direta, na qual o Estado seria governado por um único centro de poder. Assim, ao fazer uso do modelo representativo, a contenção do poder não pode:

[...] nascer apenas do controle a partir de baixo, que é indireto, mas deve também poder contar com o controle recíproco entre os grupos que representam interesses diversos, os quais se exprimem por sua vez através de diversos movimentos políticos que lutam entre si pela conquista temporária e pacífica do poder. (BOBBIO, 1986, p. 61).

Portanto, os *fronts* de luta contra o abuso de Poder devem ser operados tanto contra o poder que vem do alto quanto do poder concentrado.

⁷ Noberto Bobbio (1986, p. 58-59) explica que as sociedades feudais constituem exemplo de uma sociedade constituída por vários centros de poder (pluralista), mas que não é uma sociedade democrática. É na verdade um conjunto de várias oligarquias. Quanto ao exemplo de uma sociedade democrática sem ser pluralista, o autor remonta a antiguidade grega na qual toda a atividade pública se desenvolvia na polis e na qual, por ser a democracia direta, inexistia qualquer corpo intermediário entre o indivíduo e a cidade.

⁸ “[...] o Pluralismo se distingue da teoria da separação dos poderes, que propõe a divisão do poder estatal, não em sentido horizontal, mas em sentido vertical. Distingue-se igualmente da teoria do liberalismo clássico que propõe a limitação da onipotência do Estado pela subtração à sua ingerência de algumas esferas de atividade (religiosa, econômica e social, em geral), onde os indivíduos possam desenvolver livremente sua própria personalidade.” (BOBBIO, 1998, p. 928).

Ademais, se o regime democrático é estruturado através da formação de consensos para decisão política e, como bem se sabe, não ser possível a existência de consensos unânimes (a não ser sob a forma de manipulação, coerção), há de se reconhecer que sempre haverá dissidentes e que o assentimento alcançado será somente o da maioria e não da totalidade. Aliás, somente onde o dissenso é livre para se manifestar, é possível falar em um consenso real e, apenas onde o consenso seja real é que se pode falar em democracia. Por isso, o pluralismo seria elemento necessário nas democracias modernas, uma vez que a sua ideia base é a possibilidade de coexistência entre diferentes concepções e visões de mundo (sobre os mais variados temas, política, religião, cultura, ciência etc.), o que possibilita que os cidadãos tenham liberdade para dissentir e, dessa forma, possam construir consensos reais, elemento, este, estruturante de uma democracia (BOBBIO, 1986, p. 62-64).

Nessa seara, é que diz Norberto Bobbio que, a democracia moderna deve fazer as contas com o pluralismo, pois este antes de ser uma teoria é uma situação objetiva na qual as sociedades estão imersas (BOBBIO, 1986, p. 59).

Dessa forma, reconhecida a interconexão entre os conteúdos e a sua importância para as sociedades contemporâneas, ainda se deve pontuar que o próprio marco normativo da Constituição de 1988, em diversos momentos faz menção a essas ideias erigindo-as em verdadeiros valores inspiradores da ordem constitucional estabelecida, que devem se espalhar por todas as estruturas sociopolíticas.

De pronto, em seu preâmbulo, já revela que a Assembleia Nacional Constituinte instituiu um Estado democrático, destinado a assegurar o desenvolvimento de uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Em seguida, no primeiro artigo, ao definir a estrutura da República Federativa do Brasil, consagra a forma de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF, caput) que adota o pluralismo político como fundamento (art. 1º, V, CF) e que tem como objetivo fundamental promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF).

Primeiramente, no que toca a concepção pluralista se pode dizer que ela ainda é projetada na liberdade de manifestação de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura, (art. 5º, IV e IX c.c. art. 220, CF). Também na dimensão religiosa se pode observar o reconhecimento da liberdade de consciência e de crença, livre exercício dos cultos religiosos, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI, CF), o próprio reconhecimento da laicidade do Estado (art. 19, I, CF), ainda se insere nessa perspectiva de coexistência com a diversidade. Ademais, no plano educacional, o ensino é norteado pelo princípio do pluralismo de ideias e concepções

pedagógicas (art. 206, III, CF). Por fim, em sua vertente cultural, aponta que o Estado deve apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais, bem como a proteção das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e a valorização da diversidade étnica e regional (art. 215, CF).

Por sua vez, no que concerne à democracia, é possível visualizar que a Carta Política de 1988 erigiu um regime em que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente* (art.1º, parágrafo único, CF). Assim, a leitura orgânica desse dispositivo, em consonância com seu preâmbulo, seus fundamentos (art. 1º, CF), seus objetivos (art. 3º, CF) e as demais prescrições ao longo de seu texto (art.14, CF), permite notar que foi construído um sistema fundado na soberania popular que tem — além da representação — como norte motivador a participação popular na gerência da coisa pública; *instaurando uma democracia participativa*.

Neste ponto, percebe-se como a opção pelo modelo participativo, em última análise, se revela intimamente conectada com a condição pluralista da sociedade, isso porque como pondera Fábio Konder Comparato (2011, p. 16), os mecanismos de expressão da vontade popular pautados na formação de vontade majoritária não são capazes de expressar o conjunto complexo de classes, raças, clãs, grupos religiosos, cujo poder e influência variam enormemente conforme a época. Desse modo, a utilização somente destes procedimentos pode mais ocultar do que de fato revelar a realidade do poder efetivo na sociedade, visto trabalhar a partir de uma simplificação da ideia de povo, que não pode ser tomado enquanto um conjunto unitário de indivíduos iguais entre si.

Destarte, o que se observa é que a restrição do processo democrático à prerrogativa de eleger representantes importaria em redução da ideia de democracia, em certa medida, não conseguindo contemplar todas as diferentes camadas de uma sociedade pluralista. Assim, é que em meados do século XX surgiu a ideia de democracia participativa como alternativa às teorias que reduziam o princípio democrático a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de governantes. Essa alternativa, então, propugna que além da escolha de representantes, deve haver a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. Isto porque a troca de argumentos e contra-argumentos racionalizaria e legitimaria a gestão do âmbito público (SOUZA NETO, 2007, p. 44).

Portanto, o modelo deliberativo busca conferir a legitimidade da decisão através do processo de discussão, orientado pelas ideias de inclusão, igualdade de participação, pluralismo, autonomia e busca do bem comum. Sob este paradigma se retiraria o povo de sua

condição de expectador, inserindo-o enquanto sujeito ativo. Nesse sentido, pontua Paulo Bonavides (2001, p. 51):

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.

Dessa forma, admitindo ser a democracia não um conceito estático, formal, mas sim verdadeiro processo, implicando na necessidade de um constante evoluir, um permanente crescer (DUARTE NETO, 2005, p. 25), observa-se ser a participação a força motriz que anima esse processo. Por meio dos instrumentos participativos a democracia evolui se adequando ao momento histórico do Estado e as necessidades de seus sujeitos. O que permite que o ideal de democracia — enquanto noção de submissão apenas às regras que tenham sido conjuntamente criadas, fruto da contribuição individual de cada qual no produto coletivo — mostre-se reforçado por intermédio da participação política direta.

Após a compreensão das significações de democracia e pluralismo, bem como do modo, por meio do qual, a conformação constitucional atual buscou erigir esses princípios enquanto cernes orientadores das interações gregárias, é possível avançar na discussão da legitimidade de exercício do STF. Portanto, se bem compreendida toda essa argumentação empreendida, ficou demonstrado que, o modelo que a Constituição de 1988 estabeleceu, busca inserir constantemente a população — em seus mais diversos grupos — nos empreendimentos públicos.

Desta feita, se advoga, então, que o elemento democrático não deve ficar restrito ao processo eleitoral, mas se irradiar em todos os espaços institucionais e sociais, trazendo a população para os debates acerca da condução da coisa coletiva. A concepção de democracia participativa, por essência exige a absorção de espaços do Estado antes intocados. Fala-se, mesmo, em um processo de democratização do Estado brasileiro como um todo dentro dessa ótica. A exigência de participação e exercício da soberania popular recaem sobre todas as funções estatais, devendo não apenas permear, mas se constituir no âmago do agir estatal, justificando o adjetivo “democrático” do Estado.

Os instrumentos mais conhecidos de participação são os ligados à função legislativa, como a iniciativa popular para legislar e os referendos e plebiscitos. Assim, os espaços legislativos de representação passam a ser absorvidos pelo ideal de participação. Mas, essa irradiação deve ecoar também nos demais espaços institucionais. Destarte, a própria seara na

qual a ordem jurídica se desenvolve deve se mostrar permeável à inserção da população, abrindo margem à participação efetiva da sociedade. Dentro dessa lógica é que se abre o debate sobre uma participação efetiva dos cidadãos na instância jurisdicional, até mesmo como forma de assegurar e preservar a possibilidade de dissenso inerente ao pluralismo.

No âmbito da jurisdição ordinária, se visualiza uma primeira dimensão de participação, no fato de que os interessados (partes) influenciam diretamente a formação da decisão judicial. Nisto, inclusive reside sua legitimidade democrática, no fato de que agem a partir de sua argumentação e colaboração para a colheita de provas, de modo a trazer elementos para construir a decisão judicial a que, posteriormente, deverão se sujeitar. Trata-se do princípio do contraditório, que traduz a ideia de que as partes tenham a oportunidade de participar em diálogo com o juiz, a fim de que busque os elementos para a própria instrução (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 41)⁹.

Em outros termos, somente existirá procedimento legítimo e, portanto, processo, quando dele participarem aqueles que serão atingidos pela decisão do juiz. Se o que importa é o princípio político da participação, no processo jurisdicional essa necessidade de participação é representada pelo instituto do contraditório (ARENHART; MARINONI, 2004, p. 79).

Todavia, quando se trata do exercício da atividade de Jurisdição Constitucional, sobretudo no controle abstrato de normas, esta vertente de legitimidade do STF (a de exercício) fica esmaecida. Isso porque o sentido e alcance da norma não serão definidos com a participação de todos aqueles que serão atingidos por ela diretamente, haja vista que tal controle possui um caráter objetivo, não existem partes, é realizado em tese.¹⁰ Não obstante a isso, ainda há que se pensar que o órgão que realiza o controle de adequação normativa sempre lida com a real possibilidade de ultrapassar o texto constitucional, podendo, em seu juízo interpretativo, fazer uma leitura da constituição, que em verdade a descaracterize ou mesmo que fique aquém daquilo que suas possibilidades semânticas permitiriam.

Na perspectiva da prática do ativismo judicial, em que os termos abertos da Constituição vão ser concretizados com vistas a serem aplicados em uma situação para a qual não existiu uma expressa previsão legislativa, de modo que, a partir dos princípios trazidos na

⁹ Ainda nessa toada de implicação direta da vontade do povo nas funções jurisdicionais, José Duarte Neto (2005, p.46) lembra que o júri popular e ação popular são exemplos dessa participação popular.

¹⁰ Neste ponto, importante consignar que autores como Inocêncio Mártires Coelho (1998, p. 158, destaque do autor) entendem que mesmo no âmbito da jurisdição constitucional, “[...] aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se *politicamente* não alcançados pelos efeitos da *coisa julgada* e, por via de consequência, *autorizados* a ignorar a força normativa da Constituição.”

Constituição, os ministros do STF criarão uma normatização, esse problema da legitimidade de exercício fica mais acirrado. Ocorre, dessa forma, porque nesse processo de significação dos conteúdos constitucionais, os ministros não dispõem — como dispõe o Poder Legislativo — de uma composição plural e representativa que lhes permita atribuir um sentido que canalize os anseios democráticos. O trunfo da decisão tomada, nessa instância judiciária, residiria no fato de ser uma conclusão pautada em critérios racionais. Todavia, não se pode olvidar a crítica dos que entendem que não são somente os critérios racionais que sustentam a decisão. Mas, para além dessa crítica, é de pensar que, caso fosse possível somar a esse processo, que se pretende racional, elementos que fortalecessem o seu vínculo com as perspectivas dos cidadãos a respeito do tema, o exercício dessa função ganharia em legitimidade, isto é, teria sua legitimidade aprimorada, robustecida, densificada.

No entanto, o problema verificado quando se pensa em possibilitar uma maior participação social no controle de constitucionalidade, seria o de como articular essa ideia com as especificidades funcionais e políticas do Judiciário. Isto é, com o fato de que o STF deve tomar suas decisões a partir dos postulados constitucionais, com base em parâmetros lógicos e não de acordo com as percepções da maioria. Significa dizer que a Corte não deve pretender ser um órgão representativo das classes nos mesmos moldes do Poder Legislativo. Portanto suas decisões não devem, invariavelmente, ter de corresponder à concepção de justiça da maioria. Até porque um dos papéis fulcrais da jurisdição constitucional é de atuar na defesa dos direitos da minoria.

Por essa lógica, já se poderia excluir os mecanismos de inserção democrática cujo funcionamento se desse por meio de posterior consulta popular da decisão da Corte, em que a aceitação ou não de sua conclusão fosse pautada por uma votação de caráter majoritário e que em caso de discordância a decisão judicial tivesse que ser reformada. Isso ensejaria um controle acerca dos julgados do Tribunal, subvertendo a racionalidade jurídica das decisões, pois em suas prolações seriam levados em consideração mais os prognósticos acerca da opinião pública (para que seu posicionamento fosse aceito numa eventual verificação futura); do que a averiguação da questão com base nos princípios erigidos no texto constitucional. Portanto, vislumbra-se, nessa hipótese uma inversão da própria democracia, uma vez que o órgão que existe para proteger certos valores contra maiorias sazonais e eventuais estaria devolvendo a essas maiorias o poder de decidir sobre o acerto das decisões tomadas.

Desse modo, para que os objetivos de uma maior participação social e composição democrática no exercício da jurisdição constitucional possam ser implementados sem que haja

uma distorção do sistema democrático, é preciso então ocorrer *uma adequação entre o instrumento de democratização e a instituição a ser democratizada*.

Mas, sabendo-se não se encerrar a democracia apenas no procedimento majoritário, é possível se avançar numa discussão de democratização e pluralização, desde que se consiga pensar em formas capazes de inserir a população no processo decisório da corte, que não através da busca de uma decisão anuída pela maioria.

Assim, um dos possíveis — e adequados — meios seria através da contribuição da sociedade civil com elementos para a formação da decisão, trazendo os atores sociais para auxiliar os julgadores no preenchimento das normas constitucionais, garantindo uma maior legitimação da decisão, através da participação e com lastro em argumentos fundados na razão pública. Ora, esta perspectiva não subtrairia o poder de decisão do Tribunal, mas o tornaria permeável a outras perspectivas que não a dos ministros, de modo que se abririam canais para que as vozes de diferentes segmentos populares pudessem ecoar nesse espaço institucional.

Dentro desse raciocínio, as construções teóricas de Peter Häberle (1997) acerca da *sociedade aberta de intérpretes*, fornecem importantes luzes para o debate concernente ao aprimoramento da legitimidade de exercício do STF, através da inserção da sociedade civil no processo interpretativo da Corte.

3.2.2.1 Peter Häberle e a abertura da interpretação

Primeiramente, para poder compreender as ponderações do autor, é necessário se ter em conta a importância que o fator do pluralismo social ganha em sua análise. Assim, ele parte da ideia de que as sociedades contemporâneas têm como principal característica o pluralismo político e a diferenciação social, de modo que os distintos grupos conflituosos e contraditórios só podem coexistir num contexto de tolerância, em que não seja imposto um único modelo de vida. *Karl Popper* definiu esse moderno modelo social como *sociedade aberta*, no sentido de ser constituída por várias experiências que se modificam e se enriquecem com o tempo, sendo, dessa forma, dinâmicas. A dinamicidade fica superprojetada pelo dissenso inerente a essa própria sociedade. Isto é, em virtude desse constante conflito de interesses, de concepções, de pensamentos; impulsiona-se essa sociedade, fazendo com que ela não pare no tempo e que se desenvolva continuamente (AMARAL, 2004, p. 118).

A partir dessa percepção de comunidade, não se mostraria adequado que se tomasse o ordenamento constitucional como um sistema completo, fechado, acabado (CITTADINO,

2004, p. 30). Se assim o fosse, esse ordenamento não possuiria estabilidade e a Constituição não perduraria. Por essa razão, é que a utilização de conteúdos abertos permite que ela acompanhe as mudanças nos projetos e valores vigentes na sociedade. Isto lhe permite que sua estrutura normativa se mostre abrangente e também duradoura. Nessa perspectiva, pondera Konrad Hesse (1998, p. 40):

Deve a constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial as condições de vida reguladas pela Constituição. Por isso, o Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais frequentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “aberto para dentro do tempo”. Essa abertura e amplitude da constituição naturalmente não significa dissolução em uma dinâmica total, na qual a Constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente. A Constituição deixa não só aberto, senão ela também determina com obrigatoriedade o que não ficar aberto.

A Constituição, portanto, dentro desse fluxo de raciocínio, não se limita ao seu texto positivado pelo constituinte originário e reformado pelo constituinte derivado. A verdadeira constituição é o resultado — sempre temporário e historicamente condicionado — de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade. De onde emerge a ideia de Constituição como um processo público. O texto seria o ponto de partida que a partir da interação com a realidade, com os fatos concretos da vida, se convolaria na verdadeira constituição.

Daí, dizer Konrad Hesse que “[...] a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” (HESSE, 1991, p. 22-23). Todavia, isto não significa que ela simplesmente está condicionada pelos fatos da vida; que em caso de conflito deve a Constituição sempre ceder à realidade, abrindo mão de influenciá-la (HESSE, 1991, p. 25).

A Carta Fundamental é simultaneamente um produto e também uma causa cultural, ou seja, condiciona e conforma a cultura, mas igualmente é diretamente influenciada por ela. A constituição não é somente um reflexo da realidade, ao mesmo tempo, ela reverbera nessa realidade, transformando-a (LEAL, M. C. H., 2010, p. 285; CONSTANTINO, 2012, p. 15).

Diante dessa percepção de sociedade e de Constituição é que Peter Häberle formulou sua ideia de *Sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Assim, o constitucionalista, na mesma linha de Konrad Hesse, também se preocupa com a manutenção da “força normativa”

da Constituição diante de um mundo plural, no qual o contexto tende a se sobrepor ao texto. Häberle compreende que a força do escrito só poderá se conservar, caso o universo daqueles que o interpretam amplie-se, de modo a abarcar, sobretudo, os cidadãos.

Em sua perspectiva, o texto da Carta Política só adquire vida quando interpretado. Por essa razão, defende o alargamento do círculo de intérpretes da constituição pela via de um processo aberto e público (CITTADINO, 2004, p. 31). Isso porque:

[...] uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da vida da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. (HÄBERLE, 1997, p. 33).

Assim, quanto mais aberto se mostrasse o processo de interpretação e aplicação da Constituição à participação social, mais consistentes e mais eficazes seriam as decisões de uma jurisdição constitucional enquanto respostas hermenêuticas — temporalmente adequadas — às perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição (COELHO, 1998, p. 159).

Todavia, na contramão de seu entendimento, o autor visualiza que a interpretação sempre se mostrou fechada (HÄBERLE, 1997, p.12), restrita às instituições estatais e seus órgãos oficiais, sobretudo os tribunais superiores. Ao se restringir os intérpretes a esse círculo fechado de juízes e em procedimentos formalizados, a teoria da interpretação constitucional resultou empobrecida em seu âmbito de investigação (COELHO, 1998, p. 158). Ora, esse modelo se mostraria incompatível, dentro de sua perspectiva de uma sociedade pluralista, visto que aquilo que os Ministros do Supremo dizem sobre a Constituição tem o condão de apenas traduzir parcela do que efetivamente vem a ser a realidade constitucional em sua dinâmica social.

Por essa razão, ele defende que deve ser ampliado o rol de intérpretes capacitados a contribuir para a conformação do significado do texto constitucional. Uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta de sua Lei Fundamental. Assim, em seu modelo de interpretação da Constituição, não é possível estabelecer um elenco fechado de intérpretes, pois todos aqueles que vivem a norma são direta ou indiretamente intérpretes desta (HÄBERLE, 1997, p. 14-15).

Portanto, com base nas diferentes experiências e perspectivas, o caleidoscópio social poderia se formar mostrando todos os matizes que o compõe. Isto significa dizer que, o uso a essa referência polinuclear, a luz da experiência histórica, permitiria que o texto da

Constituição, quando interpretado, fosse tratado por diferentes nichos sociais, tornando o resultado do exercício da exegese mais próximo do senso comum e, dessa forma, mais democrático. Ademais, essa mirada é capaz de mitigar possíveis voluntarismos que entendimentos individuais ou de classe poderiam incorrer e, sem que se iniba a necessária criatividade dos intérpretes do Direito. Por conseguinte, essa ampliação dos legitimados que contribuem com a discussão do significado da Constituição, daria um importante passo no sentido de se alcançar o ajuste correto, ou mais adequado de seu texto (MAMARI FILHO, 2004, p. 15-16).

Nessa perspectiva, ainda é importante se perceber que, além de se pluralizar a construção dos conteúdos constitucionais, se promove também um caráter democratizante a esses conteúdos. Eis o raciocínio que permite se visualizar esse potencial: no contexto em que a constituição se abre a um processo permanentemente aberto de construção de sentidos e de significados a serem elaborados cotidianamente, faz-se necessária uma efetiva participação de todos os envolvidos, não somente dos técnicos e dos membros oficiais organicamente investidos nessa competência. Desse modo, se coloca na base do sistema uma cidadania ativa, que participa da vida pública, dando uma dimensão democrática ao processo interpretativo. Os cidadãos são incorporados ao sistema político-jurídico não somente como destinatários de direitos, mas também — e principalmente — como sujeitos ativos desse processo (LEAL, M. C. H., 2010, p. 300).

Häberle tece uma reflexão acerca da pluralidade de intérpretes pela ótica da Teoria da Democracia. Para ele, a expressão máxima de uma democracia não se afigura no sufrágio universal, nem nas manifestações das maiorias parlamentares. Ela é vivida cotidianamente e se espraia por meios indiretos — mas consistentes — no núcleo institucional do Estado (CONSTANTINO, 2012, p. 16). E, continua: não obstante os intérpretes não tenham uma legitimação representativa, isto não retira sua legitimidade, uma vez que a democracia não se desenvolve somente por representação, mas, numa sociedade aberta, também ela se perfaz através de formas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente pela realização dos direitos fundamentais e pela interpretação pluralista da constituição (HÄBERLE, 1997, p. 37).

O autor chega a mencionar que se substituiria a ideia de “democracia do povo”, fundada na soberania popular, pela ideia de uma “democracia do cidadão” pautada nos direitos fundamentais. Aduz, assim, que é possível o alcance de muitas formas de legitimação democrática, contanto que se consiga libertar desse modo linear e “eruptivo” de pensar a democracia (HÄBERLE, 1997, p. 38-39). Portanto, nessa perspectiva em que o pluralismo

dos direitos fundamentais converte-se no próprio cerne da Constituição democrática, o direito processual constitucional se torna parte do direito de participação numa democracia. Daí dizer Mônica Clarissa Hennig Leal (2010, p. 301) que, ao mesmo tempo, a abertura e a pluralidade constituem, permeiam e resultam, por conseguinte, da participação, abarcando e projetando-se uma perspectiva democrática sobre a sociedade, a constituição e a interpretação.

Outro aspecto importante do pensamento desenvolvido pelo autor é que essa maior dissolução do processo interpretativo da constituição não se traduz em uma percepção harmonizadora do processo de significação dos conteúdos constitucionais. Isso é dizer: não se pode crer que exsurta uma interpretação igualitária dos diversos grupos sociais, com a obtenção de uma unidade política. Esta interpretação não se realiza sem tensões. “O consenso resulta de conflitos e compromisso entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso.” (HÄBERLE, 1997, p. 51).

Enfim, depois de delineados os principais traços do pensamento de Peter Häberle, acerca do aspecto pluralizador e democratizante que a prática de uma interpretação aberta permitiria, avança-se buscando inter-relacionar essa ideia com a legitimidade de exercício do STF.

Assim, a primeira questão que se impõe é por quais meios seria possível oxigenar as perspectivas dos ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo a trazer os pontos de vista dos diferentes grupos sociais. É possível que essa participação se opere de duas diferentes formas (LEAL, M. C. H., 2010, p. 293).

Uma primeira dimensão, de caráter informal, não institucionalizado, se operaria pela própria influência da opinião pública. Isto é, os membros de uma Corte Constitucional, por estarem inseridos numa sociedade, se mantêm cientes das perspectivas populares, não só pelo contato direto, mas também através de formas indiretas (NOVELINO, 2013, p. 284). Nessa perspectiva, se ressalta os interlocutores informais, que na tentativa de exercer influência sobre a Corte, se engajam em debates em veículos de comunicação que a própria esfera pública oferece (jornais, revistas acadêmicas) (MENDES, 2012, p. 60). Os juízes não podem ficar totalmente indiferentes a essas manifestações de opiniões públicas (o que não quer dizer que ele necessariamente seja determinado por ela), deveriam se manter atentos as demandas sociais e os anseios políticos (BARROSO; MENDONÇA, 2013, online). Assim, os pontos de vista da sociedade sobre determinados assuntos podem atuar, juntamente com elementos

jurídicos e outros fatores extrajurídicos, como razões contributivas para a manutenção ou mudança de uma determinada conclusão (NOVELINO, 2013, p. 322).¹¹

A segunda dimensão — que interessa mais diretamente aos propósitos desse trabalho — versa a respeito da inserção formal dessa abertura interpretativa nos procedimentos da Corte. Nesse sentido, aduz Peter Häberle que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, sobretudo, quanto às formas gradativas de participação e à própria inserção no processo constitucional. Assim, devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da constituição (HÄBERLE, 1997, p. 46-49).

Desse modo, deveriam se criar canais institucionais que permitissem a participação de diversos atores sociais: agentes públicos, *experts*, membros de associações, movimentos sociais, sindicatos, enfim, membros da sociedade civil em geral. Isto possibilitaria que se ampliassem as perspectivas e abordagens, e, por conseguinte, sua fundamentação e legitimação democrática, uma vez que a decisão incorporará mais elementos da realidade; será mais permeável aos argumentos plurais aduzidos nesse processo de participação; além de mais bem “situada” no tempo e no espaço (compreensão do problema constitucional enquanto um problema social e cultural) (LEAL, M. C. H., 2010, p. 291).

Portanto, essa pluralização do debate constitucional ajudaria na racionalização das decisões judiciais, por meio de um espaço institucionalizado de comunicação e de participação, apto a conferir caráter dialógico ao processo de interpretação, acrescentando à Corte informações e experiências de ordem jurídica, social, cultural, técnica e econômica. Estas contribuições aumentariam o horizonte hermenêutico do magistrado, se antes possuía uma visão mais estreita, atrelado a sua pré-compreensão, com a troca de informações com os atores sociais, essa interlocução propiciaria uma ampliação da discussão do tema (QUEIROZ, 2011, p. 71).

Claudio Pereira Souza Neto ainda reforça a discussão lembrando que as decisões judiciais sobre questões constitucionais se situam na maior parte das vezes dentro de um amplo programa normativo, haja vista que a norma pode se abrir a diversas interpretações

¹¹ A respeito da influência da opinião pública Marcelo Novelino promoveu um estudo acerca da influência que a opinião pública exerceria no STF, desse modo pontua em sede de conclusão que: “[...] nos casos em que um julgador possui sérias e razoáveis dúvidas sobre qual o melhor caminho a seguir, sobre qual das alternativas possíveis e justificáveis adotar, a opinião pública pode atuar – de forma consciente, subconsciente ou inconsciente – fornecendo razões a favor ou contra a escolha de determinados resultados. Em que pese as decisões do plenário serem por maioria, quando uma Corte Constitucional se encontra fortemente dividida, a influência da opinião pública sobre o comportamento de um de seus membros pode ser decisiva para moldar o resultado final.” (NOVELINO, 2013, p. 322).

diferentes. Dai dizer o autor — a partir da noção de democracia deliberativa de Habermas — que:

A democracia deliberativa desloca a racionalidade de tais decisões do sujeito (Tribunal Constitucional) para o processo comunicativo, cujas condições são institucionalizadas, no caso, pelas normas do processo constitucional. A ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional tem justamente como função racionalizar e legitimar as decisões da Corte Constitucional. Como antes explicitado, a necessidade de justificá-las perante os demais participantes da interação comunicativa exige que se argumente com razoabilidade e reciprocidade. (SOUZA NETO, 2006, p. 31).

Também por essa linha, o que se vislumbra é que o uso desse critério intersubjetivo para averiguação da correção da interpretação constitucional se afigura como um caminho que, se percorrido pelo STF, poderia emprestar maior racionalidade ao itinerário cursado pelo exegeta e diminuir a possibilidade de parcialidade do resultado do processo de verificação do sentido da norma (MAMARI FILHO, 2004, p. 78). Portanto, a ideia é que quanto maior for o número de entes capacitados para intervir na conformação do sentido da Constituição, maior será a certeza de que os direitos serão tutelados de forma mais próxima do ideal. Observa-se então, que a abertura do processo interpretativo está buscando conferir à interpretação do direito estatal — isto é, ao seu desenvolvimento posterior — a mesma pluralidade conferida no momento de sua formação (gênese legislativa) (HÄBERLE, 1997, p. 18).

Importante se compreender que a participação no processo pensada por Peter Häberle não significa uma aptidão para aceitação das decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Em outras palavras: a participação não tem a finalidade de que as decisões da corte sejam aceitas pelos jurisdicionados porque estes tiveram possibilidade de construir a decisão e ao início do processo tinham chances de obter um assentimento favorável. A legitimação auferida pela participação no processo não deve ser entendida apenas em seu sentido formal.¹² Mas sim, entendida enquanto uma influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. “Não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes.” (HÄBERLE, 1997, p. 31-32).

Ademais, é de se observar que esse espaço de diálogo dentro dos procedimentos de informação de um Tribunal não iria subtrair da Corte o seu poder de decisão, mas tão somente trazer novas vozes oriundas da população. Também há que se ponderar, que o fato de se

¹² Como Informa Häberle (1997, p. 31) essa é a ideia de Luhmann (legitimação pelo procedimento), da qual ele pretende diferenciar sua teoria.

promover essa abertura processual não implica que os ministros devam ceder às aspirações de determinado grupo social. Cabe a eles, dentro de sua função institucional, considerar sim a opinião dos participantes; mas, sobretudo, observar os desígnios trazidos pela Constituição e o respeito aos direitos fundamentais. Deve buscar uma decisão assentada no consenso, mas, desde que esse consenso, não viole os elementos básicos cristalizados na Carta Política.

Aliás, nesse ponto, também cabe deixar claro que a participação nessa esfera institucional tem peculiaridades próprias e não ocorre da mesma forma que as manifestações populares de caráter majoritário. Assim, é de se consignar que a crítica que autores como Jeremy Waldron (2006) fazem a essa ideia de que a revisão judicial seria um modo adicional de acesso aos cidadãos para o sistema político, pode ser rebatida.

Waldron (2006, p. 1394) diz que esses meios não se afigurariam como democráticos, pois não estão pautados no princípio da igualdade política, razão pela qual esses procedimentos não poderiam ser racionalizados. Assim, a participação não ocorreria de modo equânime, uma vez que não são todos os atores sociais que participam desses mecanismos oferecidos pelo tribunal. Essa percepção pode ser respondida pela ideia de que, nesse espaço a participação se dá na qualidade de agentes morais¹³ e, não como uma simples contagem numérica. Assim, quando os atores sociais participam dos procedimentos do Tribunal, não o fazem apenas na qualidade de um indivíduo, o fazem como representantes de algum grupo da sociedade civil, efetivamente interessado no debate (DWORKIN, 2006, p. 553).

Por fim, um aspecto importante na compreensão das elucubrações de Häberle, para uma interlocução com o objeto da pesquisa desse trabalho é compreender como o fator do Ativismo Judicial pode ser calibrado dentro de sua teoria. Uma primeira mirada caminha no sentido de que, por não ser a interpretação constitucional mais tarefa exclusiva dos juízes, eles seriam no máximo fomentadores e orientadores da manifestação dos demais intérpretes; legitimados, é bem verdade, para sintetizar a interpretação coletivamente gerada. Por essa lógica, as reflexões de Peter Häberle não se coadunariam com uma atuação judicial que manifestasse os pontos de vista próprios como se fossem oriundos de uma percepção coletiva. Assim, suas teses não permitiriam uma atuação mais incisiva do Judiciário, logo, não dialogariam com o ativismo judicial (CONSTANTINO, 2012, p. 16-17).

Todavia, essa leitura não parece ser a mais correta. A missão institucional de calibrar as diferentes contribuições de acordo com a constituição é dos juízes constitucionais. De onde se infere que não se pode reduzir o seu papel a um mero fomentador e orientador dos demais

¹³ Ideia já trabalhada quando se tratou da perspectiva de Ronald Dworkin acerca da função da Suprema Corte.

intérpretes. A teoria de Häberle coloca os direitos fundamentais no epicentro do sistema normativo, portanto, em sua concepção, interpretações que desnaturem esses direitos não poderiam ter lugar.

Mas, mais do que isso, cumpre aos juízes constitucionais a racionalização dessa pluralidade interpretativa, sob o liame dos Direitos fundamentais, para que “[...] a exegese constitucional [não se dissolva] num grande número de interpretações e de intérpretes, instaurando-se uma babel hermenêutica que, inevitavelmente, comprometer[ia] a unidade e a força normativo-agregadora da Constituição.” (COELHO, 1998, p. 160).

Por fim, para selar de vez a possibilidade da prática do ativismo judicial com as reflexões de Häberle, pode se trazer as declarações que o autor deu em entrevista no ano de 2009, quando arguido a respeito desse exercício proativo na América Latina. Assim, disse que se mostrava entusiasmado com a perspectiva de que os tribunais constitucionais praticassem o ativismo judicial e obrigassem os demais poderes a atuar. Anotou ainda que esse exercício tem residido na busca da consolidação da ordem institucional e que o sistema republicano não se vê debilitado por uma atividade jurídica temporal mais intensa; na verdade seria fortalecido. Complementou aduzindo que em Estados Constitucionais é comum que se vislumbre momentos de ativismo judicial e momentos de autocontenção (HÄBERLE, 2010, p. 392-393).

Inclusive, conquanto o autor não tenha se detido sobre o tema do ativismo em sua obra, vislumbra-se que ele compreende que a intensidade do controle de constitucionalidade deve variar de acordo com a amplitude de participação. Em suas palavras “[u]m *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle de constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação” (HÄBERLE, 1997, p. 46).

Ora, dentro dessa ótica, se enxerga que na hipótese de um intenso debate com representantes dos diferentes grupos sociais a Corte estaria apta a uma maior atuação na concretização da constituição. Desse modo se observa que uma densificação da legitimidade de exercício da Corte: fortalecendo o diálogo com os múltiplos grupos da comunidade política, permitiria a esse Tribunal que tomasse uma postura ativa na efetivação dos direitos previstos na Carta Maior. Isso porque o STF estaria realizando tarefa de criação normativa, baseado nas diretrizes da constituição, mas também, teria a perspectiva que os cidadãos — em seus diferentes grupos — têm daquele conteúdo específico, de tal forma, que teria o enlace entre texto e contexto constitucional a sua disposição. Razão pela qual haveria um exercício do ativismo judicial mais legitimado, pois a deliberação da Corte conheceu as diversas

perspectivas sobre a matéria, ponderou-as em relação ao conjunto de diretrizes que a Constituição de 1988 estipula e em seguida estabeleceu a sua criação normativa de modo a conformar todos esses elementos.

Portanto, a inserção da comunidade de intérpretes nos procedimentos constitucionais à luz do que aduz Peter Häberle, tem aptidão para fortalecer a legitimidade de exercício do Supremo Tribunal Federal. A questão que se impõe será a de como instrumentalizar esses aportes teóricos, a fim de que essa participação — e, por conseguinte, a pluralização e democratização do processo decisório — consiga se perfazer, tornando as práticas ativistas melhor conformadas no Estado brasileiro.

3.3 Contribuições Apresentadas

3.3.1 Densificação da legitimidade objetiva: a defesa e concretização de Direitos Fundamentais enquanto forma de aprimoramento

No intuito de refletir a respeito da possibilidade de um aprimoramento da legitimidade objetiva do Supremo Tribunal Federal, anteriormente teceu-se uma argumentação em que se vislumbrou que a prática de um ativismo judicial voltado à defesa e concretização dos direitos fundamentais se mostraria enquanto forma de reforçar a sua função institucional dentro da democracia brasileira, uma vez que essa horda de direitos é entendida enquanto condições para o exercício da participação política. Desse modo, advogou-se a ideia de que quando esse exercício proativo estivesse voltado a essa seara expressaria um maior ganho de legitimidade.

Assim, se no âmbito teórico verificou-se esse campo em que a justificação democrática do STF poderia ser reforçada, agora se apresenta a questão de descobrir como seria possível o transporte dessa ideia — de uma maior atuação na defesa e concretização dos direitos fundamentais — para o âmbito prático, no sentido de se visualizar contribuições que balizassem seu ativismo, fazendo com que confluísse para essa esfera de atuação.

Entretanto, antes de se adentrar nesse debate, é preciso saber se essa discussão tem lugar. É dizer: faz-se necessário verificar se existe um campo de proteção de direitos fundamentais no STF que precise ser reforçado. Uma vez que, caso o Tribunal já promovesse sua atuação nesse sentido, pouco sentido haveria em tentar reforçar essa proteção e concretização de direitos como forma de reforçar sua missão institucional e, por conseguinte, reforçar sua legitimidade democrática. Contudo, na hipótese contrária, na qual se visualizasse que existe uma expressiva carência na defesa dos direitos fundamentais no exercício do

controle de constitucionalidade, a argumentação então encontraria lugar para buscar elementos contributivos para o fortalecimento dessa seara de atuação.

Assim, com vistas alcançar esse intento avaliativo, pareceu adequado trazer as conclusões de recente estudo realizado na Universidade de Brasília a respeito do controle concentrado de constitucionalidade promovido por Juliano Zaiden Benvindo e Alexandre Araújo Costa (2014). O Trabalho intitula-se, *a quem interessa o Controle concentrado de constitucionalidade: descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*.

A pesquisa promovida analisou todas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo STF no período de 1988 até 2012, sendo apreciado um montante de aproximadamente 4,9 mil ações. O objetivo do estudo foi o de avaliar a dissonância entre o discurso proferido em favor do controle concentrado de constitucionalidade, que ganhou força com a Constituição de 1988, e a realidade de sua adoção (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 7-8). Em síntese a conclusão chegada é de que:

O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, [...] a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária.” (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 77).

A pesquisa revela que, a despeito do que se esperava com o aumento do rol de legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade que se operou com a promulgação da Constituição, não se visualizou um fortalecimento da defesa de direitos fundamentais. A jurisprudência defensiva do STF — ao afirmar a necessidade dos requisitos de pertinência temática para as entidades de classe — limitou sensivelmente a possibilidade de que essas entidades pudessem desempenhar uma ampla defesa dos direitos fundamentais. O que se verifica é que a atuação desses legitimados, conquanto use uma argumentação pautada em direitos fundamentais, os usa para a defesa corporativa de seus próprios interesses (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 78- 79).

A análise informa ainda que o autor que mais promoveu uma atuação de defesas do interesse público, tanto na defesa de direitos individuais e coletivos quanto na proteção do interesse público contra atos que conferiam benefícios indevidos a determinados grupos foi o

Ministério Público (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 70). Por outro, lado se observa que comparativamente aos outros legitimados foi aquele que menos se valeu de uma argumentação de direitos fundamentais. Sua atuação foi pautada pelo uso de argumentos de competência e desenho institucional, o que chama atenção, visto que deveria ser o legitimado ativo que mais deveria se valer da tônica dos direitos individuais e coletivos (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 76).

Aliás, ao se analisar as decisões que — superados os aspectos formais — efetivamente discutiram o mérito dos direitos fundamentais, observa-se que o próprio discurso do STF, no sentido de realmente utilizar argumentos que diretamente abordam os direitos e garantias fundamentais, também se mostrou restrito. Assim, verificou-se que, do total analisado, somente 72 ADIs foram julgadas procedentes com base no tema de direitos fundamentais. Na maior parte das vezes o julgamento se centrou em discussões formais e sobre outros temas, sinalizando que a discussão sobre direitos e garantias fundamentais não tem sido propriamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade, além disso, o Tribunal tem pouco contribuído no processo de construção dos conteúdos desses direitos (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 64, 63). Os autores ainda complementam que:

Esse panorama das decisões relativas a direitos fundamentais mostra que a defesa desses direitos foi um argumento minoritário nas decisões do STF em sede de ADI e que essa situação é ainda mais grave porque a maioria dessas decisões teve caráter corporativo ou de defesa de grupos de pressão [...] as decisões que anularam normas federais em virtude da inobservância de direitos fundamentais somam apenas 11 decisões ao longo dos 24 anos analisados pela pesquisa, e apenas 30% das decisões referentes a direitos fundamentais. (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 72)

Ademais, quando se analisa esse universo de ações referentes a direitos fundamentais, vislumbra-se ainda que é minoritária a proteção de direitos difusos de ordem social. Eles correspondem apenas a 3,417% do total de ações referentes a direitos fundamentais. Observa-se que se trata de uma distribuição que aponta para uma argumentação que privilegia os direitos fundamentais de 1ª dimensão, ligados à garantia dos indivíduos contra a atuação estatal em suas esferas de liberdade e as garantias de isonomia (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 66):

Essa é uma configuração que aponta para uma concentração especial em duas temáticas, cada uma com cerca de $\frac{1}{4}$ das decisões: direitos de igualdade/proporcionalidade, que apontam para a falta de razoabilidade de certas estipulações legislativas, e garantias relativas ao processo judicial. Em um patamar pouco maior que 10%, há também dois temas clássicos entre os direitos de 1ª geração: irretroatividade das leis e direitos de liberdade. Também cabe notar que é

minoritária a proteção a direitos difusos e direitos da ordem social, que aparecem com menos de 5% dos casos. (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 66).

Portanto, o que se pode concluir é que, no controle concentrado, o STF tem se voltado mais a um monitoramento da estrutura do Estado, em detrimento da proteção de direitos fundamentais e, quando atua nesse campo, existe uma preponderância de interesses corporativos. Daí se vislumbrar que na prática o sistema de controle de constitucionalidade não tem efetivamente desenvolvido uma verdadeira defesa dos direitos e garantias fundamentais (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 78-80). Os próprios autores dizem, então que se torna necessário “[...] o debate sobre a legitimidade da atuação da corte constitucional, especialmente quando, mais do que defender direitos, seu ativismo tem se revelado consagrador de posições estratégicas de determinados grupos políticos, econômicos e sociais.” (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 8).

Ora, visualizado então esse diminuto uso do controle de constitucionalidade para a proteção de direitos fundamentais, observa-se que tem lugar a argumentação pretendida, com vistas a propalar que o ativismo judicial praticado pelo STF orientado a garantir a fruição desses direitos, contribuiria para a sua legitimidade democrática. Isto porque essa arena mostra-se carente de uma maior tutela.

Bem compreendida essa possibilidade, é importante delinear algumas diretrizes para que se possa avançar na discussão do tema. Desse modo, é importante consignar que a defesa dessa tese — de uma maior vinculação entre o ativismo judicial praticado e a defesa dos direitos fundamentais — e a possibilidade de apresentação de uma contribuição na seara da legitimidade objetiva só serão possíveis se, de pronto, já se reconhecer que os apontamentos apresentados terão um potencial limitado. Isto é, não se alcançará um conjunto articulado de proposições que permitiria a delimitação de um “modo perfeito”, um arquétipo da prática de ativismo judicial. Assim, nesse âmbito da legitimidade da função, as contribuições serão mais comedidas do que aquelas que se pretende desenvolver ao se abordar a legitimidade de exercício.

Explica-se a razão dessa limitação. Primeiro porque, dado o fato de se ter fixado as contribuições apresentadas nesta pesquisa dentro do marco normativo atual, observou-se que elas dependerão, em boa medida, de uma mudança de postura na forma por meio da qual os Ministros do STF têm atuado no desempenho de sua função. Desse modo, por mais que se construam parâmetros com base na Constituição de 1988, a orientação de seu ativismo — para que este se dê no sentido de garantir e efetivar os direitos fundamentais — demandará

que essa Corte se entenda verdadeiramente enquanto protetora desses direitos e passe a atuar nessa área.

Esta é uma peculiaridade que se apresenta no âmbito da legitimidade da função de um Tribunal. Isso porque as estipulações da Constituição — conquanto especificquem uma longa lista de competências do STF — não são capazes de imprimir um roteiro de como o Tribunal deveria proceder em seus julgamentos, o que ela fez — é o que, de fato, podia fazer — estipulou valores, fins objetivos que devem pautar todo o agir estatal e, por conseguinte, devem orientar a atuação do Tribunal, bem como conferiu a este a guarda da Constituição. No entanto, deve-se reconhecer que, em boa medida, esta maior atuação no campo dos direitos individuais e sociais, depende da interpretação que essa própria Corte fará de seu papel institucional. É claro que essa interpretação não é feita a partir de um juízo arbitrário que o Tribunal faça de si. Ela se dá em inter-relação com as discussões que o pensamento jurídico (dogmática) trava a respeito da Constituição, de suas normas e das possibilidades de defesa judicial deste diploma. Também influem nesse processo os anseios e a interpretação que os demais viventes da norma fazem a respeito de um tribunal e do papel da constituição na vida política.

Daí que caminhar nesse campo — de tornar para a prática do ativismo judicial mais voltada para o exercício protetivo dos direitos fundamentais como meio de tornar as funções desempenhadas pelo STF mais contribuidoras para o funcionamento do regime democrático — depende justamente da construção de parâmetros e balizas retiradas do Texto Político que direcionariam a prática de um exercício proativo no sentido de tutela dos direitos humanos positivados. No entanto, como se havia buscado abordar o ativismo judicial praticado no STF sob a ótica da legitimidade, ao se adentrar nessa seara (de elaboração de diretrizes), estar-se-ia mudando o foco analítico para a elaboração de balizas para a criação judicial, o que demandaria uma nova construção teórica nesse sentido.

Ademais, nessa arena, também a questão relativa à capacidade dos tribunais se imbrica com essas outras duas dimensões da temática do ativismo. Isso porque quando se trata a respeito do uso judicial para a concretização dos direitos sociais, abre-se a discussão concernente a executoriedade da decisão judicial que impõe à Administração Pública deveres de prestação positiva de direitos. Nessa senda, emergem as discussões a respeito das limitações orçamentárias; também surge a temática da reserva do possível; bem como a questão da dificuldade de uma estrutura, desenvolvida para resolver problemas intersubjetivos, atuar em discussões de caráter coletivo em que se deve buscar harmonizar os diferentes interesses igualmente legítimos.

Assim, pontuar a respeito da legitimidade de função do STF, se mostrou campo no qual os diferentes pontos sensíveis do ativismo judicial (capacidade institucional, legitimidade, elaboração de parâmetros) se entrelaçaram, tornando difícil a manutenção da discussão estritamente no campo da legitimidade. Por outro lado, apresentar toda a discussão referente aos outros dois âmbitos do debate não se mostraria possível, nesse momento do trabalho. No entanto, ao se fixar as contribuições no campo da legitimidade objetiva em patamares mais modestos — em que não se intenta alcançar um ponto ótimo com os apontamentos feitos, mas tão somente, apresentar caminhos por meio dos quais se poderia alcançar um direcionamento do ativismo judicial voltado à defesa dos direitos fundamentais — tornou-se possível avançar na discussão.

Destarte, para proceder nesse intento, buscou-se trazer elementos normativos deduzidos do texto da Constituição a partir dos quais seria possível articular que a atuação jurisdicional voltada à concretização dos direitos fundamentais se mostraria exercício de atividade necessário do STF, de modo que o ativismo nesse campo se mostraria elemento fortalecedor da democracia. Isto porque se estaria fortalecendo as condições mínimas de vida necessária para uma vivência democrática, campo no qual a proteção não precisaria depender da deliberação majoritária para ser concretizado.

Quando se discutiu no plano teórico a interdependência entre direitos fundamentais e democracia, já havia se ponderado a respeito de que a Constituição Federal de 1988, ao elencar objetivos, princípios e valores que informavam todo o sistema constitucional, colocou os direitos fundamentais enquanto alicerces do sistema democrático que estabeleceu. A ideia pretendida, nesse segundo momento não é reproduzir toda essa argumentação, pretende-se dar um passo a frente e avançar a partir das ideias de *indicadores constitucionais parametrizantes, mínimo existencial e políticas públicas constitucionais vinculantes*.

Comumente se advoga na discussão da implementação judicial de direitos sociais que o mínimo existencial desses direitos, por refletirem as condições mais básicas de vida, não podem ser negados ao indivíduo num regime que se pretenda ser verdadeiramente democrático. Razão pela qual, quando não realizados seriam passíveis de controle judicial. Todavia, existe certa dificuldade em se conceituar o que seriam esses patamares mínimos dos direitos prestacionais, havendo, assim, certo subjetivismo em torno desse conceito de mínimo existencial, o que dificulta a definição dos espaços de atividade da jurisdição constitucional nesse campo. Daí ponderar Walber de Moura Agra que:

A discussão do princípio da Densidade suficiente ou mínimo existencial, reside em se precisar seu substrato, que não pode ser determinado apenas por fatores extrajurídicos, cambiantes em razão das influências sociais. A solução encontrada é através do texto normativo que exprime um conteúdo mínimo que não pode ser desrespeitado nem pelos legisladores ordinários nem pelos intérpretes da Constituição. (AGRA, 2005, p. 295).

Assim, ao se tornarem mais claros os patamares mínimos em que os direitos fundamentais devem ser assegurados, também fica claro o campo no qual o controle jurisdicional pode se dar. E, a exata dimensão de onde deve restar a sua atuação, enquanto garantidor de que não hajam violações de direitos, torna possível que desempenhe sua missão institucional de forma mais adequada. Significa dizer, que ao se delinear aonde se situam os espaços de atuação do STF na proteção de direitos fundamentais, torna-se possível que um exercício proativo de sua jurisdição, com vistas a efetivar esses direitos, seja um elemento de aperfeiçoamento democrático, e, portanto, fazendo com que sua legitimidade de função mostre-se densificada.

Nesse intento, Daniel Sarmiento (2008, p. 576) buscando construir um sentido para a noção de mínimo existencial, que encontre em padrões jurídico-constitucionais seu elemento informador, traz uma primeira delimitação do tema. Busca o autor localizar o mínimo existencial no valor fundamentador do Estado brasileiro: na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), visto que tal princípio apela tanto à liberdade material, como à democracia e ao atendimento de necessidades básicas das pessoas. Dessa forma, se traduz um primeiro marco constitucional de onde a ideia de mínimo derivaria. Todavia, observa-se que, em termos de um fechamento do conceito, a reportação à dignidade da pessoa humana ainda não é capaz de fornecer maiores balizas, sendo possível trazer mais elementos do texto constitucional para precisar mais esse significado.

O mínimo existencial, na ideia de Roberto Gesta Leal (2006, p. 57), encontraria nas configurações constitucionais os seus indicadores parametrizantes. O autor também parte da concepção de dignidade da pessoa humana, mas busca entretecer este valor com os parâmetros plasmados e espargidos ao longo dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, dos direitos e garantias individuais e coletivas. Em síntese, revela o autor que tais indicadores diriam respeito à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF); à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, II, CF); e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3º, III, CF). O autor ainda informa que esses parâmetros vão se tornando mais objetivos e precisos ao longo da Carta Fundamental, percorrendo todo o seu

texto, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência (LEAL, R.G., 2006, p. 58).

Dessa maneira, é possível se extrair da ideia do autor que no conceito de mínimo existencial estão articulados os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF), e os direitos humanos fundamentais. Os primeiros enquanto finalidade e os segundos enquanto conteúdo. Por esta lógica os indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial vinculariam todos os Poderes estatais, de modo que todo o seu agir deveria sempre estar obrigatoriamente comprometidos com a realização daqueles. Dessa dinâmica resultariam as políticas públicas constitucionais vinculantes, isto é, são o conjunto de políticas necessárias à implementação efetiva dos indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial (LEAL, R.G., 2006, p. 58).

Ora, nesse campo de proteção de direitos sociais e individuais, dada essa ideia de políticas públicas constitucionais vinculantes, o Poder Judiciário não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar as escolhas políticas já esboçadas na Constituição, sobretudo, as demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa do Brasil. Isto porque os indicadores parametrizantes estão a reivindicar que as políticas públicas constitucionais vinculantes sejam concretizadas. Assim, quando não concretizadas, dão ensejo à legítima persecução para atendê-las, inclusive jurisdicionalmente (LEAL, R. G., 2006, p. 62).

Na mesma linha, complementam Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira (2006, p. 138), aduzindo que a obediência aos parâmetros constitucionais de plena eficácia dos direitos fundamentais — destacadamente os direitos sociais e econômicos que necessitam da contínua atividade dos Poderes Públicos — deve ser fiscalizada pelo Judiciário, sobretudo, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que prevê a impossibilidade de o Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito.

Aliás, nesse ponto Walber de Moura Agra (2005, p. 296) complementa que a discussão a respeito de se estabelecer uma maior precisão do mínimo existencial, terá especial relevância no que cabe aos direitos de cunho prestacional, uma vez que eles admitem a densificação de seu conteúdo. Estes direitos para sua realização dependem da interação da normatividade com a realidade fática, assim, ao se precisar o conteúdo mínimo, poder-se-ia saber a dimensão do direito fundamental que se mostra irredutível e que portanto merece ser tutelada pelo Judiciário.

O autor então pondera que os direitos fundamentais prestacionais seriam compostos de duas partes, um núcleo duro e uma zona periférica. O núcleo duro seria o limite que deve ser

respeitado pelo Supremo Tribunal Federal ao determinar a densidade de um direito. Não seria possível desrespeitar esse limite, sob pena de violação à Constituição. Esse núcleo duro, sendo a própria essência do direito, e também se encontrando dentro dos indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial deveria ser garantida sempre. A outra parte, a zona periférica, seria concretizada consoante a conjuntura fática (AGRA, 2005, p. 297). No mesmo sentido, pondera Ana Paula Barcellos (2002, p. 45):

O mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana. É, portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor inferência possível na competência de legislativo e executivo e menor custo possível para a sociedade).

Pela ponderação, portanto, se extrai da norma programática que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana um núcleo básico, que é transformado em regra diretamente sindicável pelo Judiciário: o mínimo existencial. A regra do mínimo existencial, como toda regra, é biunívoca, e a ela não se pode opor os princípios enunciados (separação dos poderes, reserva do orçamento etc.).

Nesse ponto, há que se fazer uma consideração, mais acurada a respeito da ideia de reserva do possível. Sendo certo que a implementação dos direitos fundamentais sociais, justamente em virtude de seu caráter prestacional, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro para sua implementação, a sua realização sempre se mostrará dependente da alocação de recursos orçamentários para sua realização. Daí é que exsurge a problemática da reserva do possível. Ela seria oponível a concretização dos direitos sociais judicialmente quando restasse comprovada objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Em tese a cláusula não poderia ser invocada pelo Estado, com o fito de se desobrigar do cumprimento das obrigações constitucionais, sobretudo quando esta abstenção acarretasse no esvaziamento de um direito fundamental, salvo na hipótese de justo motivo objetivamente aferível.

Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira (2006, p. 139) informam que em síntese o que se vislumbra é que a limitação dos recursos torna-se verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. E isso se deu em razão da importação de uma cláusula do sistema alemão cuja aplicação se deu em um contexto diverso daquele em que se visualiza no Brasil.

Ademais, é de se observar que a cláusula da reserva do possível não pode ser aferida do texto constitucional pátrio, diferentemente do mínimo existencial de direitos fundamentais, que possui indicadores constitucionais parametrizantes que delimitam seu conteúdo. Nessa linha, se observa que a Constituição Federal não deveria ficar no campo da dependência do

orçamento público para a efetivação de direitos fundamentais, ao contrário, o orçamento e as receitas é que deveriam ser elaborados a partir das preferências constitucionais que elencaram alguns direitos enquanto elementos estruturais para a democracia (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 139, 144). Walber de Moura Agra tem postura contrária ao uso da cláusula da reserva do possível para limitação de concretização do mínimo existencial:

A definição do conteúdo mínimo existencial não pode estar adstrito ao princípio da reserva do possível, que advoga que os direitos fundamentais têm concretização de acordo com variáveis sociopolítico-econômicas, por que se estaria restringindo a efetividade das normas constitucionais, cerceando a extensão de seu núcleo duro. A reserva do possível atua na determinação da extensão desses direitos, ou seja, na indicação de sua parte flexível, que deve sofrer evolução consonante as escolhas políticas da sociedade. O mínimo existencial representa opção determinada pelo Poder Constituinte e assim não pode ter sua abrangência cerceada. (AGRA, 2005, p. 299).

Conquanto a defesa feita pelos autores se mostre afinada com a normatividade imposta pela Constituição, vislumbra-se que muitas vezes no campo fático podem surgir situações em que a intervenção judicial possa ensejar também problemas. Álvaro Ricardo Cruz (2008, p. 123), exemplifica com o caso em que numa situação de comprovada carência de recursos, se coloque um debate sobre onde alocar fundos públicos, tendo-se que deliberar entre dois objetivos constitucionais em favor de distintos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, se as esferas políticas passam a deliberar entre investimentos na saúde em detrimento da educação, uma intervenção judicial de forma a impor suas prioridades, desmerecendo o debate público que se operou, entre essas duas destinações orçamentárias igualmente legítimas será contraproducente.

Daniel Sarmiento (2008, p. 580) ainda lembra a respeito dos problemas no campo da capacidade técnica dos tribunais, que os juízes não têm, em regra, os conhecimentos específicos necessários, bem como não contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas; ainda há a questão das limitações dos códigos jurídicos que muitas vezes avaliam as questões de um ponto de vista bilateral sendo que se tratam de discussões de justiça distributiva que devem ser pensadas coletivamente.

Ora, essas ponderações bem como tantas outras críticas que são apostas a uma atuação judicial concretizadora de direitos fundamentais, são bastante pertinentes para a discussão e apontam para a necessidade do debate de parâmetros e balizas para que essa atuação judicial ocorra de modo mais adequado. Sem dúvida uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal para que se mostre funcional para a democracia, não pode ser olvidar dessas discussões.

Todavia, dadas as limitações de estudo imprimidas no trabalho, que buscou abordar a prática ativista sobre o enfoque de sua legitimidade, não será possível detalhar e discutir todos os parâmetros necessários para que o ativismo restasse mais bem compatibilizada com as práticas democráticas. Também não se poderá abordar os meios através dos quais a questão da capacidade dos tribunais pudesse ser desvelada.

Entretanto, no campo da discussão da legitimidade democrática é possível se trazer algumas respostas para esses problemas. Como já se disse, o fortalecimento da legitimidade democrática há que se operar em suas diferentes vertentes conjuntamente. Deste modo, as práticas de concretização de direitos fundamentais a partir da garantia do mínimo existencial (legitimidade objetiva), ao se operar com um fortalecimento da legitimidade de exercício da Corte com a inserção de atores sociais participando do processo decisório, pode se mostrar enquanto solução para a questão da capacidade técnica dos tribunais. Uma vez que ao contar com os pronunciamentos de *amici curiae*; promover a realização de audiências públicas com especialistas na matéria; entre outras maneiras de trazer diferentes atores sociais e novas perspectivas acerca do assunto para o processo decisório, o Tribunal estará amenizando esse ponto sensível da concretização de direitos fundamentais (SOUZA NETO, 2008, p. 530; SARMENTO, 2008, p. 583).

Ademais, quanto ao problema das decisões que não levam em consideração as dotações orçamentárias já feitas e a políticas públicas já desenvolvidas pelo Executivo, se pode apontar as possibilidades de maiores diálogos institucionais, visto que a construção de soluções feitas de modo coordenado com os outros Poderes Políticos tem um potencial de melhor garantir uma efetiva proteção dos direitos fundamentais (SOUZA NETO, 2008, p. 546).

3.3.2 *Amicus Curiae e a participação no processo decisório*

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a Lei 9.868/99 e a Lei 9.882/1999 instauraram a possibilidade de participação dos membros da comunidade civil nos julgamentos do STF, através de dois mecanismos: as audiências públicas e os *amicus curiae*. Em ambos os instrumentos é possível se observar a promoção da ideia de uma sociedade aberta de intérpretes, na qual se busca trazer para os processos objetivos as diferentes concepções a respeito da norma que os cidadãos tem. Nesta pesquisa optou-se por trabalhar apenas com o instrumento processual do *amicus curiae*. A discussão a respeito das audiências públicas não será empreendida. Isso porque julgou-se oportuno realizar um recorte

metodológico na abordagem da legitimidade de exercício, tratando apenas de um dos instrumentos, com vistas a permitir um maior aprofundamento do debate do seu efetivo potencial de democratização e pluralização do debate.

Apenas apresentar e delinear a conformação legal de ambos os instrumentos sem que se averiguasse as limitações de sua prática hodierna não permitiria apontar algum contributo para o aprimoramento da legitimidade do STF. Era necessário aprofundar em um desses instrumentos processuais para que se pudesse não só avaliá-lo, mas também buscar meios a torná-lo mais apto a possibilitar uma democratização e pluralização substancial nos processos de controle de constitucionalidade.

3.3.2.1 Surgimento e conformação legal do *Amicus Curiae* no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de se discutir a capacidade de participação promovida pelo instrumento processual do *amicus curiae*, faz-se preciso conhecer seus principais traços, a fim de que se conheça suas características e capacidades de atuação em processos de controle abstrato de normas. Importante esclarecer que a doutrina pátria já muito versou a respeito da processualística do instituto, razão pela qual, nesse item, pretende-se realizar apenas sua caracterização. Não se constitui objetivo do presente trabalho maiores investigações a respeito das discussões processuais acerca do *amicus curiae*.

Inicialmente, há que se dizer que o termo latino significa “amigo da corte”. Trata-se daquele que não integra nenhum dos polos da demanda, mas que contribui para o deslinde da questão ajuizada, através da apresentação de informações relevantes acerca da matéria analisada pela corte (RAZABONI, 2009, p. 99). Constitui-se em um terceiro que vem fornecer apoio técnico, trazendo para o debate informações de fato e de direito, com o fito de chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de algum modo, escapar-lhe ao conhecimento. (BINENBOJM, 2011, p. 3). Há de ser visto o *amicus curiae* como um auxiliar do julgador, um representante da sociedade que se apresenta no processo trazendo elementos para municiar os juízes.

Existiam manifestações do instituto no direito romano, bem como no direito penal inglês medieval. Todavia, a presença mais marcante se deu nos Estados Unidos da América (ARAÚJO NETO, 2011, p. 9). Para que se possa compreender esse maior desenvolvimento é necessário lembrar que em tal país se adota o sistema *common law*, no qual vigora o *stare decisis*, de modo que as decisões judiciais vinculam casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro, fazendo com que terceiros que não participem da lide possam vir a ser alcançados

pelos efeitos da decisão. Disso decorre uma necessidade de se possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com relação ao objeto do processo em que se manifestam (CABRAL, 2004, p. 12). Ainda cumpre dizer que nos EUA a participação realizada pelo *amicus curiae* encontra previsão legal na Regra 37 do regimento interno da Suprema Corte, permitindo que apresente memoriais; seu ingresso fica condicionado a indicação das razões da intervenção, o interesse da causa, e, em regra, deve obter o consentimento das partes no processo.

No Brasil, quanto a jurisdição constitucional, mais especificamente, no que concerne ao controle abstrato de normas é possível se dizer que o instituto foi inserido pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99. A primeira versa sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade; a segunda, trata sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Todavia, importante lembrar que antes da previsão legal o *amicus curiae* era utilizado de maneira informal na jurisdição constitucional, mediante a juntada de manifestações na forma de memorial¹⁴.

No que cabe a Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999a, online), tem-se a seguinte previsão do *amicus curiae*:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Assim, importante asseverar que tal previsão, conferiu ao instituto um caráter distinto daquele originário do direito anglo-saxão, pautado pela neutralidade de sua atuação. No Brasil, imprimiu-se ao instituto um caráter democrático, pois o *amicus curiae* habilitar-se-á no processo a fim de apresentar a sua própria visão acerca da questão constitucional debatida, oferecendo ao Supremo a sua interpretação, como partícipe do processo hermenêutico. (RAZABONI, 2009, p. 75).

Ainda importante acentuar que na ADI e na ADC, a intervenção de terceiros foi expressamente vedada pela lei. Decorrência da natureza objetiva desse processo, no qual não se vislumbram partes propriamente ditas, tampouco um direito subjetivo ou uma pretensão concreta resistida (BINENBOJM, 2004, p. 156)). Nesse sentido, a atuação do

¹⁴Nesse sentido STF - ADI nº 748, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.12.2006.

amicus curiae não pode ser entendida do mesmo modo que a intervenção de terceiros do processo civil, pois não se trata de interventor que defende interesse próprio em processo alheio. Na verdade se consubstancia em “[...] uma intervenção que se preocupa muito mais com os efeitos externos e difusos do que for decidido do que, propriamente, com o atingimento desses mesmos efeitos na situação pessoal (na sua esfera jurídica individual) do interveniente.” (BUENO, 2006b, p. 139).

A despeito disso, a previsão da Lei 9.882/1999 (BRASIL, 1999b, online) não faz essa restrição a intervenção de terceiros. Em tal diploma a previsão do *amicus* se dá do seguinte modo:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O texto legal também se difere quanto a questão da irrecorribilidade da decisão do relator que indeferir o ingresso do *amicus*, pois não há tal previsão. Deste modo, sendo a recorribilidade a regra, admitir-se-ia o reexame em caso de indeferimento do ingresso de terceiros na ADPF.

Neste ponto, necessário fazer um esclarecimento sobre o que dispõe a Lei 9.868/99 que prevê a irrecorribilidade da decisão do relator. O entendimento do Supremo Tribunal Federal inicialmente era o de que a previsão da irrecorribilidade da decisão do relator se aplicaria àquelas decisões de conteúdo positivo, isto é para aquelas decisões em que se admitisse a manifestação do *amicus curiae*. Gustavo Binenbojm (2004, p. 160) justifica que isso decorreria da própria previsão do dispositivo que menciona a irrecorribilidade apenas da decisão que *admite* a intervenção do *amicus*. Assim, as decisões de conteúdo negativo — indeferitórias do ingresso formal do amigo — poderiam ser impugnadas pelo interessado através do recurso cabível de agravo regimental. Todavia, como se pôde observar no Informativo nº 665 de maio de 2012, o Min. Marco Aurélio suscitou a divergência desse entendimento, assinalando que não seria possível interpretar o dispositivo no sentido de que somente aquele que tivesse seu recurso indeferido poderia recorrer, assim, seria o despacho do relator irrecorrível em ambas as situações. Outros ministros acompanharam a divergência e

em face da possibilidade de mudança da orientação da jurisprudência da Corte o julgamento foi suspenso.¹⁵

Na análise da admissibilidade da participação do *amicus curiae* deve o relator averiguar dois requisitos: a relevância da matéria e a representatividade do postulante.

Quanto a relevância da matéria cumpre dizer que tal quesito é verificado a partir da demonstração de um liame entre as atividades perseguidas pela instituição e o tema discutido na norma impugnada (BUENO FILHO, 2002, p. 88). Para além disso, é mensurada pelo relator, de acordo com a necessidade concreta de que outros elementos sejam trazidos aos autos com a finalidade de auxílio na formação de convencimento. De tal modo que a matéria será relevante quando surgir a conveniência de estabelecer um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos na sociedade civil (RAZABONI, 2009, p. 118).

No que tange a questão da representatividade, o postulante deve demonstrar que representa porção significativa de grupo social que guarda relação com a matéria em debate. Tal representação pode ser de modo quantitativo ou qualitativo. Nesse sentido, constata-se que a representatividade não se resume a uma simples expressão numérica; bastando à entidade a comprovação de que expressa, de modo considerável, as ideias de um determinado grupo social. Ainda importante dizer que todos aqueles que detêm legitimidade para interpor ações diretas de controle de constitucionalidade gozam de representatividade para intervir como *amicus curiae*. (RAZABONI, 2009, p. 119).

Vale mencionar que a manifestação do *amicus* deve ser feita através de advogado, isso porque no sistema processual brasileiro, via de regra, a postulação em juízo deve ser feita por um causídico.

Quanto ao prazo para manifestações, primeiramente há que se dizer que o momento para a intervenção do auxiliador da corte surge a partir da propositura da ação. Propriamente quanto ao período de tempo que dispõe o *amicus* para se manifestar, em virtude do veto ao § 1º do art. 7º, criou-se uma lacuna legal. Todavia, a parte majoritária da doutrina e, atualmente,

¹⁵ De acordo com o informativo nº 665 de maio de 2012 (INDEFERIMENTO..., 2012, online): Indeferimento de ingresso de “amicus curiae” e recorribilidade – 2. Em divergência, o Min. Marco Aurélio não conheceu do regimental ante expressa disposição legal, a dispor sobre a irrecorribilidade da decisão do relator que não consentisse com aquela intervenção. Realçou que, embora o preceito da Lei 9.868/99 se referisse a despacho, o pronunciamento de admissão no processo teria carga decisória e, no sistema recursal, o recurso seria bilateral. Apontou não ser possível interpretar preceito em que somente aquele que tivesse seu recurso indeferido pudesse recorrer. Acentuou que a decisão do relator ao admitir, ou não, a participação de terceiro, seria irrecorrível. Dessumiu que, se vencido na preliminar, acompanharia o Min. Celso de Mello pelo não provimento. Os Ministros Ayres Britto, Presidente, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli também não conheceram da ação. Por fim, em virtude da possibilidade de se alterar jurisprudência do Supremo, deliberou-se pela suspensão do julgamento, para aguardar os votos dos Ministros ausentes. ADI 3396 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 10.5.2012. (ADI-3396).

até os próprios ministros do STF compreendem que a intervenção pode se dar a qualquer tempo, desde que antes do início do julgamento final da ação.

Na qualidade de *amicus* as entidades dispõem de alguns poderes processuais para atuar no processo. Assim, o auxiliar do juízo pode apresentar manifestações escritas, que serão juntadas aos autos do processo. Diante disso, referida manifestação merecerá a devida consideração e enfrentamento da Corte, ainda que, ao final, suas argumentações sejam integralmente descartadas. Ademais, tem a possibilidade de realizarem sustentação oral, de acordo com o art. 131, § 3º do Regimento Interno do STF.

Quanto a possibilidade de interpor recurso existe grande discussão. Na doutrina, expoentes como Cássio Scarpinella Bueno (2006a, p. 171) defendem que deveria o *amicus*, inclusive, poder recorrer das decisões dadas durante o processamento. Mas, a despeito dessas manifestações, os ministros do STF entenderam em inúmeros casos que o *amicus curiae* não detêm legitimidade para recorrer (RAZABONI, 2009, p. 126-127).

Realizada esses breves esclarecimentos acerca do instituto do *amicus curiae* e, tomando por base toda a discussão acerca de uma maior legitimação do Pretório Excelso através da participação dos atores sociais no processo decisório, passa-se, então, a discussão central: a capacidade do instituto do *amicus curiae* possibilitar a inserção do ideal democrático-participativo no processo interpretativo da Constituição.

3.3.2.2 Limitações do Instituto

Situado o *amicus curiae* no sistema jurídico brasileiro, cumpre agora fazer uma ponderação quanto a sua capacidade de pluralização e democratização do processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Na avaliação da doutrina acerca do tema, comumente o instrumento é festejado como capaz de propiciar um efetivo incremento nos debates e densificar a legitimidade de exercício da Corte. Excetua-se a compreensão de Damares Medina, para quem “[...] democratizar significa ampliar as condições objetivas de acesso.” (MEDINA, 2008, p. 75), como teria ocorrido, por exemplo, quando a Constituição de 1988, ampliou o rol de legitimados para impetrar as ações do controle de constitucionalidade. Dentro dessa lógica, a autora pondera que como o ingresso do *amicus curiae* depende da discricionariedade do juiz, não se poderia falar em um papel democratizador. Isso porque não há um direito subjetivo desse terceiro de acesso à Corte. Por essa razão, compreende que o instituto teria uma dimensão apenas de pluralização do debate, na medida em que outras luzes poderão iluminar o processo de tomada

de decisão. Contudo, dado o fato de que essas luzes apenas poderão ser lançadas a partir do crivo discricionário do relator do processo, não democratizariam (MEDINA, 2008, p. 76).

A percepção da autora se estriba, portanto, num conceito procedimental de democracia. Isto é, democracia entendida enquanto um procedimento que permita o direito de igual acesso aos membros da sociedade no processo decisório, como faz, por exemplo, o mecanismo da representação. Daí o questionamento ao potencial democratizante do *amicus curiae*, posto não se configurar em um direito subjetivo à participação. Todavia, a concepção que se delineou nesse trabalho se deu no sentido de esclarecer que, para além dos procedimentos, compõe a edificação democrática os empreendimentos do povo para composição dos espaços de construção de decisões que lhe afetem.

Nesse ponto novamente é oportuno trazer à baila as pontuações de Peter Häberle no sentido de que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais. Ela também se desenvolve através de “[...] formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da prática cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais.” (HÄBERLE, 1997, p. 36-37, destaque nosso).

Não obstante a isso, para se compreender o potencial democratizador que pode ter o *amicus curiae* é preciso se ter em mente o contexto teórico em que está inserida a discussão. Assim, há de se lembrar, que o instituto se enquadra dentro de uma perspectiva de constituição aberta defendida por Peter Häberle (1997). Visão na qual a leitura e o entendimento que serão feitos dos valores albergados na Constituição se encontram sempre permeáveis ao meio cultural e sociopolítico em que estão inseridos; estando a Carta Política aberta a outros conteúdos normativos, extranormativos e metanormativos (VERDÚ, 1978, p. 11, 16-17, 28 apud CASTRO, 2005, p. 30). Isto permitiria sempre animar e atualizar a constituição à luz do contexto e possibilitar que a leitura que seja dada a essa ordem de valores seja no sentido de permitir a coexistência de diversos grupos que compõe o Estado.

Nessa perspectiva, a sociedade deveria desenvolver participação ativa no processo de interpretação da Constituição, com um necessário alargamento do círculo de intérpretes, fazendo com que as mais diversas forças políticas contribuam no processo de significação e concretização desses valores¹⁶.

¹⁶ Essa ordem de valores hodiernamente são os direitos fundamentais.

Daí a relevância que a figura do *amicus curiae* alcançaria, pois se transfiguraria num meio de participação formal¹⁷ na qual um interlocutor que está integrado ao processo poderia contribuir na interpretação. Isto traria diferentes concepções à questão a ser decidida, permitindo que a população que de algum modo tivesse interesse no deslinde da demanda pudesse fornecer seu ponto de vista acerca do direito debatido.

Assim, a população interessada teria tido aptidão de participar do processo decisório, não de um modo representativo, mas sim na qualidade de agente moral, visto que sua contribuição não se daria com uma contagem de votos, para formação de uma vontade majoritária, mas pela discussão dos seus pontos de vista de determinada questão (DWORKIN, 2006, p. 553).

Entendido, então, como se opera a participação do instituto e o que objetiva alterar no processo decisório da Corte, é possível então se ponderar com maior acuidade acerca de seu potencial democratizador.

Desse modo, é de bom alvitre se lembrar que no que concerne a adequação entre a participação e os traços institucionais do órgão a ser democratizado, a atuação da população deve se dar tendo em conta que se trata de uma instância de deliberação, na qual, em tese, as decisões são tomadas com base em argumentos racionais que buscam se justificar em detrimento dos outros.

Além disso, a admissão de todo e qualquer cidadão nos processos de controle abstrato, sem a previsão de requisitos e mecanismos de filtro é indubitavelmente impraticável. É forçoso concluir que tal modalidade de exercício da democracia, alinhada com a experiência da Grécia Antiga de democracia direta, se mostra inviável na realidade atual frente ao tamanho, complexidade e pluralidade da organização social. Ademais, como estão a atuar na qualidade de agentes morais não é necessário um extenso número de amigos da corte, pois o importante são as diferentes pontuações acerca do tema. A participação de todos, de maneira irrestrita, prejudicaria não só a administração da Justiça, mas também tornaria este espaço institucional inapto à defesa dos direitos fundamentais. Deste modo, é preciso que sejam inseridos filtros de acesso.

Portanto, dentro das peculiaridades de um órgão jurisdicional que (i) deve atuar tomando suas decisões com base em argumentos racionais, isto é, buscando a deliberação mais adequada de acordo com o determinado na legislação e (ii) que possui limitações de ordem fática à possibilidade de se abrir a todo e qualquer interessado o ingresso nos debates; a

¹⁷ Aqui a ideia de participação formal, significa participação institucional formalmente prevista em lei, opondo-se às possibilidades de participação informal como as exercidas por grupos de pressão e pela opinião pública.

inclusão de alguns membros da sociedade civil, que tenham afinidade com o tema discutido, na qualidade de integrantes do processo interpretativo, ajudando a corte a construir a sua deliberação é um instrumento de democratização, que fortalece a legitimidade de exercício da Corte.

Reconhece-se que o instituto possui uma capacidade de democratização da tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal. Todavia, o que merece atenção é se o modo pelo qual vem se utilizando esse instrumento tem dado vazão a esta sua capacidade de trazer a sociedade civil para dentro da Corte.

Antes de se proceder a essas ponderações quanto ao uso do *amicus curiae* no STF, resta fazer mais algumas pontuações acerca de sua aptidão de pluralização do debate. Para em seguida se avaliar conjuntamente a dimensão democrática e pluralizadora do instituto.

Falar em pluralização do Judiciário como um todo, significa trazer novas vozes ao processo decisório, significa agregar novos anseios e interesses, diversificar as perspectivas. Plural é o que aumenta, o que multiplica. Tal acréscimo, contudo não é numérico, e sim substancial, para a contribuição na formação decisória do juiz.

Desse modo, no que concerne pluralização do debate, importante se pontuar que, não obstante, o *amicus* não seja parte diretamente interessada na demanda — sendo definido como sujeito a intervir no processo com o objetivo de contribuir com o juízo na formação de seu convencimento —, suas manifestações não são neutras, como, de fato, não deveria se esperar. O interesse daqueles que postulam em tal papel, apesar de não ser interesse subjetivo típico, sem dúvida encontra-se invariavelmente comprometido com alguma camada social e suas lutas e interesses dentro da correlação de forças da sociedade, sendo justamente esse o objetivo do instituto dentro da sistemática brasileira: possibilitar que se habilite no processo e demonstre sua própria visão acerca da questão constitucional debatida.

Desse modo, a decisão final que a corte chegaria estaria racionalmente melhor fundamentada, uma vez que teria maximizado o raio de argumentos a influir na deliberação. Ainda que não se alcançasse o consenso acerca da questão, a decisão seria mais bem justificada (MENDES, 2012, p. 60, 63). Isso porque mesmo que a decisão proferida pela corte não atendesse determinada visão (por que esta acarretaria inconstitucionalidade, por exemplo) o processo decisório teria conhecido tal argumento e sido capaz de afastá-lo. Assim, a solução do conflito normativo estaria baseada em argumentos potencialmente capazes de abarcar,

tanto quanto o possível, a pluralidade de alegações aventadas¹⁸. Desse modo, o resultado final seria fruto ou do melhor argumento que foi capaz de obter assentimento generalizado após o debate público, mantendo-se sólido ao ser confrontado com os contra-argumentos (SOUZA NETO, 2002, p. 297); ou, na perspectiva de José Luiz Quadros Magalhães (2012a, p. 87, 89) por meio da composição de conflitos, através de um novo argumento fruto da construção dialética, dos debates anteriores.

É de se notar também que esse instrumento possibilita a inserção de grupos minoritários que se encontram marginalizados frente aos procedimentos representativos no debate das questões que lhes sejam afetas, permitindo que esbocem suas concepções. Nesta perspectiva, quando utilizado por tais grupos como canal para que esses anseios sociais ecoem nos espaços institucionais de tomada de decisão e exercício da coisa pública, tem o condão de tornar o espaço jurisdicional um lócus qualificado de discussão, corrigindo as vicissitudes do processo majoritário.

No entanto, é necessário se ponderar que a mera admissão desses sujeitos, por si só, em nada altera a distância usual entre o Judiciário e a sociedade. A legitimação das decisões judiciais e a proclamada pluralização e democratização do controle constitucional através dos *amici curiae* somente se efetiva se a contribuição trazida por esse instrumento ao processo de fato influir na dinâmica de tomada de decisão dos Ministros; se os argumentos trazidos à Corte, por exemplo, constarem nos votos e forem sopesados no mesmo conjunto das demais teses e provas constantes dos autos.

A figura legal do *amicus curiae* perde sentido quando limitada a mera obediência do procedimento. A desconsideração dos argumentos trazidos transforma o instituto em mais um formalismo do direito esvaziado de sentido. Mais do que a participação formal do *amicus* é imprescindível que sua participação seja considerada apta a influir nos magistrados e produzir resultados fáticos para realmente se democratizar/pluralizar o controle jurisdicional.

Em síntese, para que se efetive a democratização do controle jurisdicional através do *amicus curiae* é preciso que sua participação se agregue aos outros sujeitos processuais, sendo capaz de alterar paradigmas e construções, de forma que, se retirada sua influência, o processo perderia conteúdo e força argumentativa. Se assim não for, a admissão de *amici* resta

¹⁸ Damares Medina chama atenção para o fato de que pode haver uma distorção nas informações fornecidas à Corte. Assim “[e]sse desequilíbrio informacional fará com que a parte que não possui o apoio de *amici* tenha uma desvantagem informacional, que diminuirá suas chances de êxito, na medida em que o juiz disporá de menos alternativas interpretativas para adotar a perspectiva jurídica defendida por esse polo do processo. Ao oferecer um maior número de alternativas interpretativas ao juiz, a parte e seus *amici*, em vantagem informacional, aumentam as suas chances de êxito, na medida em que aumentam a probabilidade de apresentar um argumento que vá ao encontro das preferências interpretativas do julgador.” (MEDINA, 2008, p. 181).

esvaziada em sua dimensão de pluralização e democratização; servindo em muitos casos apenas como recurso retórico a proclamar uma participação que de fato não ocorre.

Vislumbrado, então, os pressupostos para que tal instrumento represente um real processo de inserção na esfera judicial, resta agora, saber como o seu uso tem ocorrido na prática. Almeja-se verificar se, de fato, tem sido permitido o acesso à participação dos *amicus curiae*, e se essa participação tem sido efetiva — efetividade entendida como a capacidade das alegações trazidas serem consideradas nas discussões argumentativas, na busca de uma decisão racional.

Numa primeira perspectiva, trazida por Damares Medina poderia se vislumbrar um cenário bastante positivo dos amigos da corte nos processos de controle de constitucionalidade. Uma vez que sua participação seria amplamente admitida nesses processos, pluralizariam o debate e se mostrariam aptos a influir nos magistrados (MEDINA, 2008, p. 143-145).

A autora retira essas conclusões de estudo empírico que realizou, no qual pretendia identificar a influência do *amicus curiae* nos julgamentos a partir da construção de modelos comparativos dos resultados obtidos nos processos sem e com a participação do instrumento. Em seguida esses resultados foram confrontados, com vistas a identificar correlações entre a utilização do instrumento e o resultado do processo (MEDINA, 2008, p. 16).

Para tanto, a pesquisadora utilizou como parâmetro para identificar a existência de pedido de ingresso como *amicus curiae* a juntada ou não da petição da entidade requerente aos autos¹⁹. A partir dessa análise chegou a um resultado em que 85,8% dos pedidos foram juntados aos autos 14,2% foram devolvidos. Com base nesses resultados afirma que o STF possui uma postura extremamente aberta à participação do *amicus curiae* (MEDINA, 2008, p. 123-124).

Afirmou ainda que o uso do *amicus curiae* representou uma diminuição de mais de 20% nas ações não conhecidas (MEDINA, 2008, p.141), apontando para o fato de que ele aumenta as chances de conhecimento das ações do controle concentrado no Supremo Tribunal Federal. Ademais, no que concerne a aptidão desse instrumento de influenciar nos debates, informa que:

Nas situações nas quais o terceiro ingressou apoiando a procedência da ação, o percentual de processos julgados procedentes aumentou. Nos casos em que o terceiro ingressou no processo apoiando a improcedência da ação, o percentual de

¹⁹ A autora identificou ausência de uniformidade com relação à nomenclatura dada aos *amici* e às decisões de deferimento ou indeferimento, por essa razão usou como parâmetro a juntada de petição nos autos com as considerações desses terceiros. (MEDINA, 2008, p. 122-123).

ações julgadas improcedentes também aumentou. Em ambos os casos, o percentual de ações não conhecidas diminuiu.

Os resultados dos julgamentos do STF no período pesquisado estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado. (MEDINA, 2008, p. 145).

Com base nisso seria possível afirmar que as intervenções de fato contribuiriam na pluralização de argumentos das questões constitucionais, sendo, portanto, efetivas, pois as ponderações apresentadas estariam influenciando o julgamento, já que como aponta a autora, a parte que conta com um amigo amplia suas chances de ter a demanda julgada a seu favor.

Ora, nesse panorama, o instituto estaria acorde com uma democratização do Supremo Tribunal Federal pautada no ideal participativo. Isto porque, o instrumento ao não encontrar entraves a sua utilização, demonstra que estaria se cristalizando em meio de acesso a corte e, mais do que isso, ao se demonstrar que o lado auxiliado pelo amigo tem logrado êxito, sinalizaria para o fato de que sua atuação não seria apenas formal, mas que operaria relevante contribuição à demanda.

Todavia, é necessário um segundo olhar, mais atento, para o instituto, para discutir efetivamente a contribuição por ele propiciada no processo de formação do entendimento da Corte. Para tanto, há de se trazer à discussão as contribuições trabalhadas por Beatriz Castilho da Costa²⁰ que realiza uma interlocução com o trabalho de Damares Medina. Para Beatriz Castilho da Costa não é possível se aferir a correlação entre o sentido da decisão dos Ministros do STF e a presença de *amicus curiae* no processo, uma vez que o trabalho de Damares não avaliou as petições iniciais e os respectivos pedidos formulados com os argumentos trazidos pelos *amici curiae* em contraponto aos argumentos constantes nos acórdãos e nos votos de cada um dos Ministros²¹ (COSTA, 2012, p. 33).

²⁰ A pesquisa optou pela análise apenas de Ações Diretas de Constitucionalidade com pedido de ingresso de *amicus curiae*, diferente de Damares Medina que analisou todos os tipos de ação e inclusive aquelas que não possuíam o pedido de ingresso (COSTA, 2012, p. 33).

²¹ Pontua Beatriz Costa que: “O trabalho de Medina é estruturado, basicamente, em uma análise quantitativa, trazendo dados estatísticos acerca das ações nas quais o *amicus curiae* está ou não presente. Chegou à conclusão, com tais dados, de que nas ações em que tal figura intervém, a chance de a ação ser julgada conforme o requerido pela parte por ela apoiada aumenta de maneira significativa. Contudo, tal trabalho não analisou as petições iniciais e os pedidos nelas formulados, e, tampouco, os argumentos trazidos pelos *amici curiae* e os acórdãos, com os votos de cada um dos Ministros presentes nos respectivos julgamentos. Desta forma, não há como definir precisamente, apenas com a presença de tais dados, que foi a presença do *amicus* que efetivamente colaborou com a decisão dos Ministros em um determinado sentido.” (COSTA, 2012, p. 33).

Esta autora em seu estudo buscou justamente estabelecer esta correlação²². Assim, almejou realizar uma análise mais qualitativa, observando a correspondência entre as considerações apresentadas pelos amigos da corte e os argumentos utilizados pelos Ministros para fundamentarem sua decisão.

De acordo com Beatriz Costa, na maior parte das ADI estudadas houve apenas simples citação aos nomes do *amicus curiae* ou não houve nenhuma citação a estes, correspondendo a 75% das ações analisadas. Sinalizando para o fato de que nessas ações a participação foi apenas formal. Assim, do seu total de 53 ADI estudadas, em 5 houve a utilização dos argumentos do *amicus* na justificativa do voto vencedor, em 8 houve a utilização pelo voto minoritário, em 21 houve mera referência explícita ao nome *amicus curiae* no acórdão e em 19 delas não houve qualquer tipo de citação (COSTA, 2012, p. 65).

Do universo analisado, 17 ADI foram julgadas procedentes. Destas, em 6 houve simples referência ao nome *amicus curiae* no acórdão, em 7 inexistiu qualquer tipo de citação e, em apenas 4 houve a utilização dos argumentos dos amigos na justificativa do voto majoritário ou na justificativa do voto minoritário (COSTA, 2012, p. 66).

A pesquisadora alinhava que mesmo naqueles em que houve citação dos argumentos trazidos não se pode dizer que efetivamente foram influenciadores, podendo ser apenas menções feitas pelos julgadores como forma de legitimar seus argumentos pela procedência ou improcedência da ação.

Tomados esses dados é possível se realizar algumas ponderações acerca do desempenho do instituto do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, se visualiza que a despeito dos altos índices de admissão no controle de constitucionalidade, a atuação desse sujeito encontra-se bloqueada, enquanto instrumento de participação. Uma vez que a influência exercida pelos amigos da corte é muito restrita, haja vista que em cerca de 75% dos casos estudados suas contribuições foram praticamente desprezadas, limitando-se os Ministros a citar a presença dos *amici* em seus relatórios ou

²² A autora realizou análise de ações diretas de constitucionalidade que possuíam julgamento de mérito cuja decisão fora tomada por maioria. Isso porque entendeu que as decisões por maioria eram a melhor maneira possível de se conseguir apreender o impacto que as manifestações dos amici curiae possuem nas decisões dos Ministros do STF. Autora descreve que: “A análise consistirá em descrever o perfil destas ações, bem como observar quais Ministros foram vencidos em seus votos e quais tiveram voto preponderante e ver como e se os argumentos da entidade admitida como *amicus curiae* aparecem no voto destes Ministros. Assim, poderá ser respondida a problemática desta pesquisa, que é saber se e como o *amicus curiae* está presente e se influencia o processo decisório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em matérias que dividem o Tribunal.” (COSTA, 2012, p. 12).

sequer ponderar a existência desses terceiros. Sinalizando nitidamente para uma participação de cunho formal sem efetivos contributos materiais à discussão.

Portanto, existe um fosso entre a finalidade aspirada pela criação do instituto e a sua realização prática. Daí dizer Conrado Hübner Mendes que:

[...] a prática recente do STF com esses valiosos instrumentos tem cumprido papel modesto. Embora diferentes atores sociais recebam a oportunidade de manifestar oficialmente suas posições, estas ainda repercutem pouco nas fases decisional e pós decisional. Quer dizer: o Tribunal já permite que alguns desses atores falem, mas ainda não demonstra interesse em escutar, e muito menos em responder (seja para concordar ou para discordar). (MENDES, 2012, p. 71).

Com a perspectiva de constituição aberta pretendia-se que a população tivesse uma participação ativa no processo de interpretação das normas constitucionais, com vistas a que todos aqueles que vivenciassem a norma contribuíssem para o entendimento que se teria da mesma (HABÈRLE, 1997, p.15), daí a necessidade do alargamento do círculo de intérpretes nos âmbitos formais de interpretação, por meio da participação político-jurídica, concretizando os direitos fundamentais e democratizando o círculo interpretativo (CITTADINO, 2004, p. 19, 226-227).

Ora, o instrumento do *amicus curiae* deveria propiciar essa participação no âmbito do controle de constitucionalidade, para que o processo de definir o âmbito de significado dos direitos constitucionais não se fechasse somente no que pensam os 11 ministros do STF, mas que fosse oxigenado pelas perspectivas de diferentes setores sociais, acrescentando à Corte informações e experiências de ordem jurídica, social cultural e econômica. Estes argumentos trazidos, ao serem ponderados pelos Ministros, ainda que não acolhidos, confeririam uma maior racionalização do debate, buscando consensos publicamente construídos e não organicamente impostos, conferindo maior legitimidade à decisão final.

Entretanto, quando esses argumentos são levados até a Corte, mas não são ouvidos, todo esse processo de legitimação do exercício de tomada de decisão fica bloqueado. Transforma-se em uma falsa participação. Daí se vislumbrar que o alto índice de deferimento do ingresso (MEDINA, 2008, p. 123-124) em contrapartida à baixa apreciação dos argumentos trazidos, revela que o instituto tem sido adotado enquanto uma legitimação de caráter meramente retórico. Abre-se o processo aos terceiros para aparentar um maior grau de participação, sem que de fato esses terceiros tenham aptidão de influenciar na construção da decisão. Esvazia-se de sentido o instrumento e impede-se a almejada democratização e pluralização do processo decisório

Não se pode negar que a previsão da Lei n. 9.868/99 representa avanço no tocante à adequação processual e procedimental, ocupando-se da tentativa de conferir maior legitimidade e participação ao poder Judiciário. No entanto, a letra da lei nunca é suficiente para garantir direitos e transformar a realidade. A previsão normativa, se não contar com arrimo e efetivação na realidade pode, ao contrário, se converter em verdadeiro óbice à efetivação de direitos.

Importante se pontuar nesse sentido, que se observa ser diretamente proporcional o grau de comprometimento dos ministros com os argumentos apresentados pelos *amici*, quanto maior a visibilidade das ações julgadas, pois nessas ações há uma maior protagonização e inserção popular. Isto faz com que os ministros sejam pressionados a construir seus argumentos da forma mais convincente possível, passando assim a considerar as contribuições desses sujeitos.

Assim se deu com a ADIN 3510, acerca da pesquisa com células-tronco, na qual questões como o início da vida tangenciavam o mérito. Nessa ação em específico observou-se que os argumentos utilizados pelos *amici* foram utilizados tanto pelos ministros que votaram pela manutenção da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco, quanto às contribuições dos amigos da corte contrários à constitucionalidade, foram utilizados para embasar os argumentos dos ministros que acreditavam ser inconstitucional o dispositivo legal (COSTA, 2012, p. 69-71). O mesmo fato pode ser verificado nos julgamentos de ações mais recentes como a ADPF 54, que versava a respeito da antecipação terapêutica do parto em virtude de anencefalia do feto, bem como na ADIN 3330 que tratava a respeito das cotas raciais nas universidades federais.

Nos julgamentos das referidas ações salta aos olhos a acentuada repercussão popular em torno dos temas decididos e dos próprios julgamentos, realizados sob o olhar atento de diversos setores sociais, em permanente debate e publicização das decisões. Foram nessas ações que os argumentos dos *amici curiae* foram utilizados mais vezes e com maior ênfase pelos ministros em suas decisões. Por outro lado, nas ações em que a atenção social foi menor, sem repercussões consideráveis ou maiores mobilizações sociais, houve um menor prestígio ao instituto por parte da Corte.

Dáí se compreender a importância do interesse público nas questões debatidas no Supremo Tribunal Federal. Esses mecanismos de participação informal ou extrainstitucional através dos quais se busca exercer influência indireta na Corte, por meio da discussão em outros veículos de comunicação (MENDES, 2012, p. 60), acaba pressionando os julgadores a conferir maior legitimação democrática a suas decisões. Isto conduz a um tratamento mais

acurado dos mecanismos de participação formal, acarretando a apreciação das asserções trazidas pelos *amicus curiae*, para reforçar a justificação da decisão.

Chega-se então a conclusão de que luta pela participação contém em si mesma o desenvolvimento do processo participativo. Ou seja, a partir do momento em que os atores sociais se mobilizam para a defesa dos interesses populares já se inicia a práxis da participação, a qual se aprimora, transforma o processo democrático e o agir dos agentes do Estado, que se tornam mais permeáveis a interlocução com a sociedade civil.

Todavia, numa pesquisa que pretenda aprimorar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, conclamar a necessidade de participação por meios informais para que os mecanismos institucionais sejam corretamente utilizados não traz muita contribuição do ponto de vista científico, visto tornar esse instrumento refém do interesse público, permitindo que suas vicissitudes permaneçam naqueles casos de menor mobilização social, como poderia ocorrer na discussão de direitos dos grupos minoritário na sociedade.

Assim, avaliada as deficiências no uso do *amicus curiae* nos processos de controle abstrato de constitucionalidade no STF, é preciso se pensar meios institucionais de tornar seu potencial de democratização e pluralização mais efetivo, sem que se dependa do interesse público envolvido na demanda.

3.3.2.3 Efetiva democratização e pluralização no debate

No item anterior foi ressaltado que o *amicus curiae* não tem conseguido alcançar todo seu potencial para democratização e pluralização. Isto porque para que alcançasse seria necessário que os argumentos trazidos por esses terceiros fossem considerados pelos ministros no momento de sua decisão, estabelecendo um diálogo com as perspectivas plúrimas oriundas da sociedade que seriam trazidas por esses interventores processuais. A partir dessa interlocução a decisão alcançada pela Corte teria uma maior racionalidade, visto ter conhecido diferentes argumentos acerca da questão aventada.

Assim, a aptidão para democratizar e pluralizar o processo decisório através do *amicus curiae* está intrinsecamente ligada à apreciação de seus argumentos pelos Ministros do STF. Desse modo, vislumbra-se que se os argumentos trazidos por esses interventores fosse necessariamente considerados na decisão, os fins para os quais o instrumento fora criado estariam mais bem assegurados.

Esta apreciação seria mais premente nas decisões de caráter ativista proferidas pela Corte. Isso porque nesses casos, o Tribunal para realizar a concretização normativa acerca dos

direitos fundamentais deveria conhecer os diversos pontos de vista sobre o tema e dialogar com estes para, em seguida, fornecer o seu entendimento, através de um argumento que tenha conhecido as mais diversas ponderações acerca da significação que deve ou não deve ter o direito em questão. Isto contribuiria para que o processo de criação judicial do direito pelo STF tivesse um aspecto mais democrático.

Por essa razão é que se compreende que uma necessária apreciação dos argumentos trazidos pelos amigos da corte contribui para o fortalecimento democrático do STF tornando-o mais legitimado no exercício de seu ativismo judicial.

Esta consideração necessária dos pontos de vista trazidos, não impõe uma limitação à Corte quanto a sua decisão; tampouco quer dizer que o argumento trazido pelo *amicus* será o vencedor. Denota apenas que quando uma perspectiva é trazida ao Tribunal ela será debatida e apreciada, e, se não for aplicável, ou, caso se traduza num violação à Constituição, ela será argumentativamente invalidada ou descartada. Desse modo, o potencial de pluralização e democratização perquirido pelo instituto seria alcançado.

Ademais, pode se vislumbrar com essa iniciativa uma dimensão de maior controle das decisões, uma vez que se existir um argumento robusto trazido por um dos *amici*, o fato dele ser necessariamente apreciado impossibilitaria que os magistrados estrategicamente se omitissem a seu respeito e dessem sua decisão de modo afastada dessa diretriz da Constituição que fora esboçada pelo *amicus*.

Conquanto essa ideia de uma necessária apreciação dos argumentos trazidos pelo *amicus* no momento da decisão possa parecer acertada para o fortalecimento da legitimidade de exercício, resta saber se dentro dos parâmetros atuais ela se mostraria aplicável à Corte. Isto é, tentar averiguar se da análise do ordenamento constitucional posto (âmbito normativo); juntamente com as peculiaridades do tipo de decisão fornecida por um Tribunal Constitucional — decisão pautada na racionalidade — (âmbito institucional); somadas aos procedimentos que informam sua atuação (âmbito do processo decisório), poderia se vislumbrar que essa imposição de conhecimento dos argumentos tem lugar.

Primeiramente na esfera do desempenho institucional do STF (e aqui em alguma medida dialogando com a dimensão de sua legitimidade objetiva) muito já se ponderou que a função que ele desempenha para o fortalecimento da democracia. Todavia, o patrocínio dessa tese se dá em razão de que as Cortes Constitucionais beneficiam-se da deliberação colegiada e, graças às suas peculiares condições decisórias, teriam maior probabilidade de alcançar boas respostas na interpretação da Constituição. Inicialmente porque em virtude do ônus argumentativo que lhe é imposto o Tribunal seria capaz de decidir com base na razão pública.

Mas, além disso, porque se trata de uma empreitada coletiva cujo resultado pretende ser melhor que a soma de opiniões individuais, por ser um espaço em que se privilegiem os argumentos ao invés da decisão política; caracterizando-se por ser um foro decisório em que se tenta persuadir, mas que também há abertura para ser persuadido por meio da razão. No entanto, toda essa lógica só se concretiza se, de fato, o órgão tomar as suas decisões em uma autêntica deliberação (MENDES, 2012, p. 54-56).

Nesse sentido, vale caminhar com Conrado Hübner Mendes que lança novas luzes à questão de como um tribunal deveria proceder para alcançar essa deliberação genuína, pois, a partir disso, se poderá vislumbrar o necessário papel que a apreciação dos argumentos trazidos pela sociedade (aqui na figura do *amicus curiae*) desempenha nesse processo.

O autor trabalha um modelo trifásico para a tomada de decisão. Assim prevê uma primeira fase (pré-decisional) em que deve haver uma contestação pública a respeito da matéria em apreço; em seguida a fase decisional em que haveria a interação colegiada entre os ministros, ponderando as diferentes contribuições trazidas e; por fim, a fase pós-decisional em que o Tribunal entrega à sociedade uma decisão escrita deliberativa. A ideia do autor em síntese é que essa Corte deve maximizar o raio de argumentos de interlocutores, ao promover a contestação pública na fase pré-decisional; o que estimula os juízes numa prática de interação colegiada na fase decisional; e, por fim, deve redigir uma decisão fruto de seu posicionamento (enquanto corte) sobre a interpretação constitucional na matéria (MENDES, 2012, p. 59-60).

Portanto, a perspectiva trazida pelo autor tem o condão de elucidar que o STF num primeiro momento deveria buscar coletar, tanto quanto possível, argumentos dos *amicus*, além disso, *desafiar esses argumentos, para que os interventores pudessem refiná-los ou depurá-los*; e, acima de tudo mostrar-se aberto aos diferentes atores que tenham algo a acrescentar ao estoque de argumentos de cada caso. Num segundo momento, ao decidir, a Corte, na busca de alcançar a decisão mais adequada, deveria se mostrar permeável ao amplo espectro de discussões trazidas, *incorporando as razões dos terceiros*, mas principalmente discutindo e contemplando as contribuições dos Ministros. Nas palavras de Conrado Mendes:

A força motora da interação colegiada, dessa maneira tem três facetas: o esforço de levar **em conta todas as posições que a corte foi capaz de coletar**; a busca da melhor resposta jurídica; a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo de dissenso. Cabe a cada corte balancear essas demandas quando elas apontam para direções diferentes e entram em tensão, como é tão comum numa deliberação (MENDES, 2012, p. 63, destaque nosso).

Por fim, quando comunica a decisão, esta Corte deve fazê-lo de modo palatável e ponderado. A decisão tomada seria um esforço no sentido *de lidar com todos os pontos de vista de maneira mais rigorosa e empática possível* (MENDES, 2012, p. 64).

É notável, portanto, que dentro dessa perspectiva de Corte a interação com os argumentos trazidos da esfera pública por meio dos *amicus curiae* se mostra presente em todos os momentos do processo, de modo que se configura num importante requisito para pautar o diálogo do Tribunal com as perspectivas da sociedade aberta de intérpretes e também como requisito a possibilitar uma maior racionalidade da decisão, consoante a missão institucional que o STF deve desempenhar. Assim, nessa primeira mirada — através da análise de seu desempenho funcional dentro da estrutura democrática — já se pode visualizar a necessidade da apreciação dos diversos argumentos trazidos pelos *amicus curiae*. Isso porque para o fornecimento de uma decisão racional (de acordo com o que se espera do órgão) constitui etapa necessária a contemplação das diferentes óticas com vistas a legitimar a decisão final prolatada.

Ora, essa lógica apresentada enquanto uma primeira justificativa constantemente fez referência ao processo decisório do STF, versando a respeito de como se alcançar uma decisão racional ao final. Daí se vislumbrar a necessidade de se aprofundar nesse debate, acerca da forma pela qual a decisão é forjada, sobretudo por duas razões: a primeira justamente para reforçar esse primeiro argumento nutrido da perspectiva institucional do STF; e a segunda pelo fato de que se observará que é corolário de uma tomada de decisão racional no âmbito de uma seara tão fluída e aberta como os direitos constitucionais que se alcance o provimento através de um processo argumentativo, no qual restará necessário que se contemple todas as ponderações apresentadas.

Para este ensejo cabe trazer à discussão novamente as asserções de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Ambos os autores, a despeito das grandes diferenças e oposições entre suas teorias, trabalham com a ideia de racionalidade argumentativa. Robert Alexy, a partir de sua Teoria da Argumentação Jurídica (2001) e Teoria dos Direitos Fundamentais (2011) e Jürgen Habermas a partir de sua noção de *Razão Comunicativa*. Conquanto já se tenha apresentado suas perspectivas acerca da legitimidade de um Tribunal Constitucional, é oportuno novamente trabalhar com eles para reforçar a ideia de que num processo argumentativo os argumentos trazidos não podem ser ignorados pelos decisores.

Inicialmente, a ideia da qual parte Robert Alexy é de que em virtude do teor abstrato das normas constitucionais e do antagonismo ideológico que sua aplicação acarreta, as teorias materiais de aplicação de direitos fundamentais não podem ser embasadas unicamente na

reportação ao texto da Constituição, à vontade do legislador constitucional e aos precedentes do tribunal constitucional (AGRA, 2005, p. 241; ALEXY, 2011, p. 26-29). Nesse esteio compreende que não seria cabível uma teoria ambiciosa, que almejasse conter sempre a única resposta correta para todo e qualquer caso (ALEXY, 2011, p. 571). Isso porque em virtude das próprias características dos direitos fundamentais uma abertura se torna necessária, haja vista que, levando-se em consideração que são princípios — que tem por característica serem mandados de otimização, realizados na maior medida do possível, o que significa que não requerem sempre a realização integral do dispositivo — a aplicação desses direitos, mesmo com base na argumentação jurídica (que lhes oferecesse um expressivo ganho de racionalidade) ainda possui uma lacuna de racionalidade (ALEXY, 2011, p. 573).

Assim, de uma teoria que vá versar a respeito da aplicação desse tipo de direitos não se pode exigir mais do que a estruturação, no maior grau de racionalidade possível, da argumentação de forma substancialmente aceitável (ALEXY, 2011, p. 573). Isto é, a possibilidade de se alcançar a racionalidade decisória nesse tipo de matéria só seria possível através de um processo argumentativo no qual se articulassem a argumentação de caráter jurídico, mas também a argumentação prática geral.

Explica-se. A argumentação jurídica é no pensamento alexyano um caso especial da argumentação geral que tem como uma importante diferença o fato de que se vincula ao direito vigente (lei, jurisprudência, doutrina), limitando as discussões e as próprias questões que são colocadas em pauta (ALEXY, 2001, p. 212-213).

Por sua vez as regras que regulariam a racionalidade da discussão são denominadas por Alexy como determinantes da argumentação prática geral, estabelecendo condições de liberdade e igualdade entre os participantes do processo argumentativo. Embora tais regras pudessem ter a sua realização apenas de forma ideal, serviriam, na prática, como condições que poderiam ser concretizadas aproximadamente. Mesmo assim, com essa deficiência, não perderiam a qualidade de indicar condições de liberdade e igualdade entre os participantes do discurso para que este pudesse se operar de modo verdadeiro (MORAIS; TRINDADE, 2012, p. 160).

Assim, Robert Alexy constatou que conquanto o uso de uma argumentação jurídica tenha o condão de delimitar as possibilidades de aplicação da norma (em especial de direitos fundamentais), ela não é capaz de sozinha indicar qual a alternativa interpretativa se deve tomar. Nos casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Daí a necessidade de se somar valorações adicionais para o fechamento normativo e, por conseguinte, um controle racional

sobre essas mesmas valorações para que elas sejam legítimas (ALEXY, 2011, p. 548). Nessa senda é que a “[...] a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso nesse âmbito.” (ALEXY, 2011, p. 573).

Dessa maneira, Alexy propõe um sistema de regras procedimentais que garantem a racionalidade da argumentação e de seus resultados. A racionalidade proposta por Alexy — influenciada pela obra de Habermas — é uma racionalidade dialógica. Para além das regras formuladas tendo em vista uma racionalidade monológica, contém também regras reguladoras da interação discursiva (SOUZA NETO, 2002, p. 259). Assim, a função dessa teoria seria construir um discurso argumentativo que conseguisse obter o maior grau de consenso da sociedade através de diretrizes racionais (AGRA, 2005, p. 241). Nas palavras do autor:

[...] a teoria do discurso, de modo nenhum [...] substitui o fundamentar pela mera produção de consensos. Ela abarca completamente as regras do argumento racional aplicáveis às fundamentações monológicas. Sua particularidade consiste, exclusivamente, nisto, que ela acrescenta a esse plano um segundo plano, ou seja, aquele das regras relacionadas com o procedimento do discurso. Essas têm um caráter não monológico. Seu objetivo é a imparcialidade do discurso. Esse objetivo deve ser obtido pelo asseguramento da liberdade e igualdade da liberdade e igualdade da argumentação. (ALEXY, 2007, p. 26).

A perspectiva do autor é que a abertura do sistema jurídico propiciada pelo seu modelo é uma abertura qualificada. Isso porque esta abertura não se mostraria no sentido de arbitrariedade ou de decisionismo. Para Alexy se as bases de sua teoria forem seguidas, alcançar-se-ia estabilidade para a decisão no âmbito dos direitos fundamentais, através das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, amparando de forma racionalmente estruturada a argumentação e deliberação no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 574).²³

Portanto, com base nas contribuições desse autor se pode observar que os elementos dialógicos do discurso constituem elemento racionalizador da decisão judicial, o que se faz especialmente importante no âmbito de aplicação das normas constitucionais nos quais o seu teor plástico exige uma complementação por elementos exógenos ao direito, tendo em vista que somente o texto não é capaz de fornecer uma única resposta. Assim, é de se observar que para além das regras de aplicação monológica da lei, constitui etapa importante (ou melhor,

²³ Alexy em seu modelo estabelece uma espécie de “código de razão prática” que balizaria o discurso jurídico. O sistema de regras proposto pelo autor é composto por um total de vinte e duas regras e seis formas de argumento (SOUZA NETO, 2002, p. 260). Todavia, não cabe dentro dos propósitos desse trabalho elencar todas as regras estruturadas por Alexy. A importância de sua obra para a discussão do *amicus curiae* se dá no sentido de defender que os elementos de razão prática argumentativa, num âmbito de normas de caráter aberto, tem o condão de racionalizar o discurso jurídico, atribuindo-lhe maior legitimidade.

necessária) a utilização desses elementos fundados na interação discursiva. Razão pela qual se passa trabalhar com as asserções de Jürgen Habermas.

Para retomar a incursão dentro do pensamento habermasiano cabe fazer uma breve explanação acerca de sua noção de *razão comunicativa*. Esse tipo de racionalidade é concebido pelo autor como alternativa àquilo que chama de *razão centrada no sujeito* cuja principal característica é o fato de ser monológica, ou seja, autorreferenciada no sujeito do conhecimento (SOUZA NETO, 2002, p. 275)²⁴. O autor busca deslocar a razão do sujeito para o processo comunicativo. O sujeito do conhecimento pode refletir sobre o conhecimento por ele produzido a partir da perspectiva do outro sujeito com quem dialoga. A razão comunicativa é, portanto, reflexiva (SOUZA NETO, 2002, p. 280). Nos dizeres do próprio Habermas: “A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 32).

O autor então baseia a noção de *razão comunicativa* na capacidade humana de ação dirigida ao entendimento, em contraposição a uma razão instrumental, voltada para obtenção de objetivos. Isto porque o pensador considera que o homem é capaz de realizar ações tanto voltadas para obtenção de fins, quanto para obtenção de entendimento. Em virtude dessa capacidade de compreensão que se permite o reconhecimento mútuo dos sujeitos cognoscentes. Assim, a atitude objetivante anterior seria substituída por uma interação de sujeitos que se reconhecem como iguais (SOUZA NETO, 2002, p. 280-281). No âmbito jurídico essa mudança significa que a racionalidade não passa mais a estar centrada na figura do juiz, mas sim no processo argumentativo, por meio do debate entre os argumentos que alicerçam as estruturas normativas (AGRA, 2005, p. 189).

Desse modo, para Habermas a racionalidade das pretensões normativas está vinculada a força do melhor argumento. É de se notar, todavia, que para que esse melhor argumento possa se impor e obter um consentimento generalizado, far-se-ia necessário que os diversos argumentos tivessem a mesma chance de alcançar o decisor público. Apenas o teste do debate público onde cada argumento é submetido a contra-argumentos é que se

²⁴Uma das muitas críticas dirigidas por esse tipo de racionalidade é aquela que busca desnaturalizar o pensamento racional, afirmando que ele se encontra relacionado a certa modalidade de poder social, sendo, portanto, uma criação humana historicamente contextualizada (SOUZA NETO, 2002, p. 275). Além disso, esse tipo de razão tem como sua principal característica a autorreferência no ser cognoscente, a despeito da relação com o objeto cognoscível (AGRA, 2005, p. 189).

perfaz a força legitimadora necessária para que se firme o argumento “vencedor” (SOUZA NETO, 2002, p. 297).

Essa cadeia lógica referida por Habermas para que se efetivasse um genuíno processo deliberativo só ocorreria num modelo de interação discursiva em que a única forma de coação fosse a do melhor argumento. Desse modo, ele cria um arquétipo que assegurasse as condições ideais do discurso, de forma que se pudesse considerar apenas a força dos argumentos. Ora, é certo que essas condições ideais são irrealizáveis, todavia, para o autor a simples busca dessas condições ou a realização de *condições aproximativamente ideais* já conferiria a legitimação. É dizer: conquanto o arquétipo seja impossível de ser alcançado serve como horizonte a ser perseguido, de modo que nesse buscar se aprimora a legitimidade da interação discursiva.

Dentro desse modelo é que Habermas traz a ideia de que para afastar as possibilidades de coação dever-se-ia assegurar a igualdade de participação entre os membros do discurso, de forma que “[...] todos os argumentos disponíveis são considerados e todas as objeções relevantes são esgotadas.” (HABERMAS, 2004, p. 290). No entanto, ressalte-se que essa necessidade de apreciação não se mostra necessária apenas num âmbito ideal, pelo contrário, Habermas compreende que a própria racionalidade do discurso resta comprometida quando um dos interessados é excluído ou quando suas contribuições são tolhidas. Daí dizer que:

Quando os envolvidos são excluídos da participação, ou temas são abafados, contribuições relevantes são reprimidas, interesses específicos não são honestamente articulados ou convincentemente formulados, quando os outros não são respeitados em sua alteridade, podemos esperar que tomadas de posição racionalmente motivadas não se façam valer ou nem sequer sejam exteriorizadas. (HABERMAS, 2004, p. 292).

Assim, se bem entendida as perspectivas desses dois autores pode se concluir que, no âmbito da aplicação de direitos constitucionais, a racionalidade argumentativa, na qual se esteia o STF para legitimar a sua decisão — sobretudo quando se trata da realização de uma criação judicial do direito de maior amplitude —, não encontra guarida suficiente somente na reportação ao texto constitucional e na utilização de parâmetros racionais de caráter monológico dos julgadores. Isto porque como se viu com Robert Alexy esses parâmetros não são capazes de fornecer uma única solução para o caso. De onde emerge a necessidade de um processo argumentativo, no qual a partir da interação com outros sujeitos e de suas perspectivas a respeito da norma (Häberle), se alcançará o argumento

capaz de solucionar o caso. Todavia, essa interação discursiva só será possível e levará a cabo sua força legitimadora e racionalizadora, se os argumentos trazidos forem considerados nesse processo deliberativo (Habermas).

Ora, quando tomada essa cadeia lógica fica bastante claro que ao não se apreciar as contribuições trazidas pelo *amicus curiae*, a própria racionalidade da decisão resta comprometida. A busca da decisão mais acertada não se realiza, tendo em vista que parcela do debate público ficou obstada; não se podendo falar que foi alcançado o melhor argumento e que este foi capaz de invalidar os demais. Mais do que isso, ainda é possível se observar uma dimensão de arbitrariedade nesse ato de ignorar perspectivas.

Justifica-se essa afirmação. Sabidamente, a função intelectual do julgador não dependerá somente dele mesmo, ela se alimenta do material trazido pelos diferentes sujeitos que participam do processo. Tomada essa noção, no momento em que o juiz se vale apenas de uma só fonte de argumentos, ele empobrece seu discurso, mas também acaba por se inclinar por um dos polos da contenda. Isso porque o outro polo (prejudicado) tem o seu progresso discursivo obstruído, pois a possibilidade de fazer afluir interesses relevantes não se perfaz; eles não ecoam dentro do processo de argumentação. Daí se vislumbrar que essa omissão estratégica quanto aos argumentos apresentados é uma dimensão de arbitrariedade. É dizer, toma-se apenas parcela das contribuições trazidas no seio do processo, para que se possa, ao final, decidir por parâmetros que não os estabelecidos na Constituição, nas demais leis, ou que não são fruto do processo argumentativo; impondo uma preferência do magistrado (fundada em sua visão de mundo, percepção da realidade, ou ainda em uma influência externa), visto não ter conseguido este invalidar os argumentos trazidos para a discussão. Disso decorre que a decisão final não foi fruto de um processo racional no qual o argumento mais sólido se sobrepôs aos demais; foi, em verdade, oriunda de um exercício de poder irracional, esteado em razões externas e, por isso, não legitimada democraticamente. Ademais, se vislumbra que todo o processo argumentativo terá se consubstanciado em mera retórica, destinado a fazer parecer democrática uma decisão que em última análise não o é.

Dentro dessa perspectiva é que se falaria numa atuação parcializada do juízo em detrimento do princípio da imparcialidade. Tal princípio decorrente do modelo constitucional

estabelecido²⁵ é, em boa medida, a manifestação do princípio da igualdade no âmbito processual, todavia, possuiria, de acordo com David Duarte, uma dimensão de caráter formal expressando-se como a garantia da igual consideração dos elementos oferecidos pelas partes. Daí que, ao ignorar ou não contemplar os argumentos trazidos, o juiz estaria tratando desigualmente os polos da demanda (DUARTE, 1996, p. 457, 459).

Assim, já que se ingressou com a discussão dentro de seu âmbito normativo, é importante combinar a ideia de imparcialidade com os princípios do contraditório e da fundamentação. O princípio do contraditório, erigido enquanto garantia fundamental, encontra-se previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, onde se postula que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Por sua vez a necessidade de fundamentação das decisões judiciais encontra-se tabulado no art. 93 da CF no qual se aduz que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão fundamentados, sob pena de nulidade.

O princípio do contraditório já foi retratado nesse trabalho como uma peça chave que assegura a estrutura participativa do processo emprestando-lhe feição democrática. Assim, nele esta inscrita a ideia de um diálogo jurídico em que as partes podem se manifestar sobre todas as alegações e documentos produzidos; atuando em simétrica paridade na construção da decisão. Dessa forma, esse constante diálogo, aliado à legalidade que rege a atuação das partes, impediria a prolação de decisões arbitrárias, além de conferir maior racionalidade (VARGAS, 2011, p. 17).

²⁵ O princípio da imparcialidade pode ser compreendido como decorrência dos princípios do juiz natural, do princípio da igualdade e também pela recepção da Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Cidadão no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, §2º, CF). A ideia de juiz natural advém do art. 5º, XXXVII da CF, que tabula que “não haverá juízo ou tribunal de exceção.” Assim, é possível fazer a leitura desse postulado em três vertentes. A primeira é a de que não pode haver juízo ou tribunal *ad hoc*; a segunda é que todos têm direito de submeter-se à julgamento por juiz competente e pré constituído na forma da lei e a terceira seria a de que o juiz competente tem de ser imparcial. Portanto, o princípio do juiz natural, mais do que assegurar a proibição de tribunais de exceção, pressupõe a ocorrência de um processo dirigido por um juiz imparcial (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 616). No que concerne a dimensão do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF) se pode dizer que tendo em vista que ser imparcial seria conduzir a contenda sem qualquer inclinação a nenhum dos litigantes, assim como conceder aos mesmos a igualdade de tratamento e condições para exposição e comprovação das alegações, se vislumbra que em última análise se trata do atendimento do princípio isonômico no âmbito processual, como bem prevê o artigo 125, I, do Código de Processo Civil que ordena ao juiz “[...] assegurar às partes igualdade de tratamento.” Por fim o Brasil por também assegurar a proteção de direitos não expressamente reconhecidos na Constituição e por ser signatário dos tratados internacionais adota o princípio da imparcialidade, como se pode observar no artigo 10º da Declaração Universal de Direitos dos Homens; também no artigo 26º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; ainda, o Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8º e; por fim, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, no inciso I do artigo 14 garante a imparcialidade.

No pertinente a questão da fundamentação das decisões judiciais, na lição de Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 166-167), esse princípio teria por escopo resguardar a sociedade contra o autoritarismo daqueles que se manifestam em nome da lei. Assim, se permitiria um controle das decisões pelas partes, uma vez que ao serem proferidas devem encontrar guarida em argumentos jurídicos. Todavia, dentro de um Estado Democrático de Direito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias diz que esta justificação deve ser feita dentro do conteúdo normativo, de tal forma que o julgador lhe dê a motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico, mas, também indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da necessária análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório, em torno das questões sobre as quais se estabeleceu a discussão (DIAS, 2009, p. 119).

Nessa perspectiva é que o aludido autor diz haver uma conexão entre o princípio do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, “[...] como se fossem irmãos siameses, ambos atuando e incidindo na argumentação fática e jurídica do procedimento.” (DIAS, 2012, p. 176). Por essa abordagem o contraditório é vislumbrado de forma a ir além da mera garantia de participação das partes; ao ser entrelaçado com o princípio da fundamentação das decisões, gera as bases argumentativas para a motivação do provimento judicial. Se for assim, quando uma decisão desconsidera o seu embasamento, a argumentação apresentada ela se torna carente de legitimidade. Aliás, mais do que isso a decisão pode ser considerada tecnicamente nula para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pois não se encontrara fundamentada (DIAS, 2009, p. 122).

Portanto, a fundamentação deve ser situada sempre em consideração ao contraditório, é dizer, como uma consequência lógica da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos pelas partes. Desse modo, se alcançaria uma geração democrática do provimento judicial (DIAS, 2009, p. 121). Assim, ao contrário do que se entedia anteriormente, a necessidade de fundamentação não impõe ao juiz apenas que apresente todo o itinerário percorrido para alcançar a decisão. Mais do que isto: ele também impele o juiz a demonstrar suas razões segundo a lógica e também em consonância às contribuições trazidas ao processo pelos interessados.

Tomando então essas ideias se pode aventar que *imparcialidade*, *contraditório* e *fundamentação das decisões judiciais* formam uma base principiológica coesa, são indissociáveis e co-dependentes. Através da fundamentação da decisão, os atuantes na demanda judicial poderão fiscalizar se o juiz respeitou o contraditório, a ampla argumentação e se ele se manteve imparcial durante o processo. Quando esses princípios são respeitados a decisão será racional e legítima. Por outro lado, quando não se contemplam os argumentos

aventados, ocorrerá a supressão do contraditório e, por conseguinte, dos demais princípios. A decisão, então, passa a ser fruto apenas de um único intérprete (o juiz) de modo desconectado com os elementos trazidos; não será o resultado da construção conjunta de diferentes intérpretes da Constituição, com prejuízo para a racionalidade da fundamentação (DIAS; FIORATTO, 2010, p. 121).

Essa linha argumentativa tecida por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias foi trabalhada pelo autor para versar a respeito da vinculação entre o juiz e as postulações trazidas pelas partes no âmbito de um processo subjetivo, em que são analisadas demandas concretas. Daí que é preciso promover algumas reflexões para ver se essa ideia do autor é capaz de ser transplantado para o âmbito dos processos do controle abstrato de normas realizado pelo STF, em que o processo é objetivo, as discussões não são travadas a partir de um caso concreto e não há a presença de partes interessadas. Além disso, existe a questão de que os argumentos referidos nesta pesquisa não são aqueles trazidos pelo postulante, mas por participantes externos da demanda, os amigos da corte. O que ensejaria mais uma dificuldade em seu transporte.

O primeiro aspecto a ser tratado para se poder deslindar o tema, se dá quanto às peculiaridades do processo constitucional objetivo. Assim, há que se fazer uma pequena digressão com o fim de situar onde estaria a problemática.

Desta feita, há que se notar inicialmente que, no que cabe ao objeto da ação, o STF, em virtude do princípio da inércia de jurisdição, não pode analisar dispositivos constitucionais que não foram submetidos ao seu crivo. Assim, o órgão judicial deve se limitar a julgar àquilo que o legitimado ativo apresentou em sua petição inicial. Isto é se foi pedido para apreciar a constitucionalidade da lei *A*, não pode o Tribunal julgar a lei *B* inconstitucional; ou ainda, se foi pedido a inconstitucionalidade parcial da lei, não poderá julgar a lei inteiramente inconstitucional. Todavia, há exceção a essa lógica geral. O STF entende ser possível a possibilidade de ampliar a declaração de inconstitucionalidade para alcançar dispositivos não impugnados pela inicial, mas dependentes de disposições que foram impugnadas e consideradas inconstitucionais. Trata-se da técnica de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento (ou reverberação normativa)²⁶ (DUTRA, 2010, p. 143-150; MASSON, 2013, p. 1029).

²⁶ É de se notar que na hipótese de reverberação normativa o princípio da congruência resta afastado. Todavia, isso é feito em detrimento de outros valores importantes do ordenamento jurídico, como a segurança jurídica e a coerência sistêmica. Isso porque a Corte retira do ordenamento um dispositivo que ainda que não tenha sido impugnado no pedido inicial, não poderia continuar produzindo efeitos diante da declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo principal do qual é absolutamente dependente.

Entendido esse primeiro aspecto, avança-se para dizer que tratamento totalmente diverso é dado à *causa de pedir*, pois num processo de controle de constitucionalidade tem caráter aberto e não é vinculativa. Isso significa dizer que quanto aos fundamentos o Supremo Tribunal Federal não se encontra vinculado àqueles formulados na peça inaugural. Desse modo, o Pretório Excelso pode analisar fatos e fundamentos jurídicos diversos daqueles trazidos pelo legitimado ativo.²⁷ Isso ocorre porque, quando a Corte promove a análise de adequação normativa de uma legislação, o faz em relação a todos os dispositivos da Constituição. Por isso, ao afirmar que uma lei é constitucional, isso importa no reconhecimento de sua compatibilidade com relação a todos os preceitos da Carta Política. Daí que não basta a avaliação somente dos fundamentos apresentados pelo legitimado ativo, a prolação da constitucionalidade depende da adequação com todo o texto (DUTRA, 2010, p. 134-135; MASSON, 2013, p. 1030-1031).

Assim, tomado esse raciocínio pode parecer um contrassenso se dizer que os argumentos trazidos pelo *amicus curiae* — que sequer foi o legitimado que desencadeou a averiguação da compatibilidade normativa — deveriam ser apreciados pelos ministros, uma vez que nem os fundamentos do legitimado ativo limitam a averiguação da Corte.

Não obstante a aparente incompatibilidade que se mostra nessa primeira aproximação, ao se versar com maior cuidado, é possível perceber que, em verdade, se mostram discussões distintas. Sobretudo, quando se analisa qual papel cada uma delas acarretaria no desempenho da função exercida pelo Supremo. Uma questão é o fato de os ministros não terem que restringir a verificação de constitucionalidade aos fundamentos trazidos pelo legitimado, visto que a deliberação da adequação normativa interessa a toda comunidade. Outra dimensão distinta é averiguar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um diploma normativo levando-se em consideração as perspectivas trazidas pelos participantes processuais, que em última análise canalizam as visões de mundo da comunidade para a Corte.

Ora, enquanto no primeiro aspecto se imporia à Corte uma restrição do debate que é de interesse público; na segunda dimensão estar-se-ia colocando a Corte em diálogo com a esfera pública. É dizer: a não vinculatividade quanto aos fundamentos do pedido tem por finalidade *não restringir* a discussão da Constituição; por sua vez, a consideração dos argumentos trazidos pelos *amici* no momento da deliberação *reforça e efetiva* uma discussão pública a respeito dos conteúdos constitucionais.

²⁷ Aqui pode se dar um exemplo para se ilustrar melhor a questão: suponha-se que um legitimado ativo ingressou com ADI alegando que a lei X que instituiu um tributo sem respeitar o princípio da legalidade. Todavia, ao final, chega o STF a conclusão de que não houve desrespeito à legalidade; mas a lei é inconstitucional por ofensa ao princípio da anterioridade tributária.

Ademais, quando se propugna que as considerações dos participantes sejam ponderadas no momento da decisão, não se está limitando o horizonte de decisão do Tribunal — o que ocorre com a vinculação aos fundamentos do pedido —, pelo contrário, está se inserindo no debate um novo flanco a ser contemplado.

Dáí se dizer que a tese defendida de que deve haver uma resposta por parte dos julgadores às considerações feitas pelos *amici*, não se configura em uma vinculação aos fundamentos apresentados por esses interventores. Significa, tão somente, que, dado o fato que esses argumentos ingressaram na deliberação, o processo argumentativo não pode se desenvolver escorreatamente sem que se promova um diálogo com essas contribuições. E isso por decorrência dos princípios do contraditório, da fundamentação e da imparcialidade.

Aliás, em se tratando desses referidos princípios, sobretudo no que tange ao contraditório, também há que se fazer ponderações com relação a possibilidade deles irradiarem suas determinações também no âmbito do processo objetivo, especialmente quando se fala de um terceiro.

Quanto à necessidade de fundamentação da decisão e a imparcialidade do juízo parece não haver qualquer dúvidas quanto a sua aplicação em qualquer processo, dada a imposição trazida pela Constituição de 1988. Todavia, quanto ao princípio do contraditório, há que se fazer algumas reflexões para se visualizar que também as normatizações desse princípio se estendem aos amigos da corte.

Com base na pesquisa de Carlos Roberto de Alckmin Dutra (2010, p. 172-176) a respeito dos princípios processuais no controle abstrato de constitucionalidade, pode se vislumbrar que nessa esfera processual, tanto a doutrina quanto o STF tradicionalmente — por entenderem se tratar de um processo objetivo, sem partes — postulavam que não haveria espaço para o exercício do contraditório. Argumentava-se no sentido de que no controle de constitucionalidade o objetivo dos participantes se voltaria à preservação do texto constitucional, não havendo que se falar em defesa de interesses particulares, nem tampouco no contraditório.

Observa-se, então que os entendimentos que concluem pela inaplicabilidade do contraditório no processo objetivo de controle de constitucionalidade apegam-se apenas a parte do conteúdo normativo deste princípio, que é voltada exclusivamente à defesa de interesses parciais e particulares, consistente na regra que prevê a ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de reação, com vista à defesa de interesses particulares. Entretanto, observa-se que o contraditório não se reduz apenas a essa atuação voltada a defesa de interesses parciais (DUTRA, 2010, p. 177).

Além disso, também se poderia dizer que todo processo (tomado enquanto ciência autônoma e sua natureza pública) se volta à pacificação de litígios, com justiça. Desse modo, nessa perspectiva, se pode dizer que em toda espécie de processo, os participantes buscam a preservação e realização dos valores constitucionalmente previstos, como a justiça, a igualdade, a dignidade de pessoa humana e todo o seu espectro de consequências. Daí que perde a força argumentativa a ideia de que não se fala em contraditório no processo objetivo por nessa seara todos buscarem a defesa de valores constitucionais (DUTRA, 2010, p. 178).

Todavia, quando se inverte o prisma da questão também se pode perceber que conquanto em processos de controle de constitucionalidade a preservação da Constituição seja o objetivo comum, cada um dos participantes pode almejar fazê-lo de modo distinto. Aliás, é essa mesmo a própria ideia de sociedade aberta de intérpretes desenvolvida por Peter Häberle: que todos os viventes da norma têm uma perspectiva acerca do significado da Constituição e por isso mesmo são intérpretes da mesma e devem, assim, participar dos procedimentos interpretativos da mesma. Daí que a tese de que no controle abstrato todos atuariam de modo conjunto para preservar a Carta Maior se mostra discutível.

O contraditório mais do que ser princípio processual se mostra também enquanto uma dimensão da participação, essencial no regime democrático (DUTRA, 2010, p. 184). Nesse aspecto é que se deveria pensar o contraditório no controle abstrato de normas, enquanto meio de permitir a participação pluralista e democrática dos entes juridicamente legitimados, com vistas a qualificar e conferir legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal (DUTRA, 2010, p. 192). A figura do *amicus curiae* então, tomada essa percepção, pode ser entendida enquanto uma das formas de se exercer o contraditório nas discussões dos processos objetivos. Aliás, acrescenta Carlos Roberto de Alckmin Dutra que atualmente o entendimento do STF a respeito do contraditório tem se dado no sentido de que ele é um dos princípios que devem nortear o exercício do controle abstrato (DUTRA, 2010, p. 192).

Portanto, à guisa de conclusão, entendo que o princípio do contraditório é plenamente aplicável no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, desde que observadas as características próprias desta espécie de processo.

Como referido anteriormente, não se pode conceber, em um Estado democrático de Direito, a realização de processo de controle de constitucionalidade sem a observância do princípio do contraditório. Este princípio é inerente à própria democracia, cuja essência exige, para a prolatação de uma decisão que venha a intervir na esfera de indivíduos (um provimento), que seja ela precedida do contraditório, isto é, da oportunidade de os interessados apresentarem seus argumentos com a finalidade de influir no resultado do julgamento.

Revela-se, portanto, inseparável do controle abstrato de constitucionalidade o debate pluralista voltado a legitimar e qualificar a decisão a ser aí proferida (DUTRA, 2010, p. 193-194).

Assim, superada a discussão a respeito do contraditório, na qual se observou que, inclusive, o próprio *amicus curiae* tem o condão de realização desse princípio na via principal de controle de adequação normativa, é possível então reafirmar a ideia com a qual se trabalhou a partir de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Isto é de que os princípios da imparcialidade, contraditório e fundamentação se articulam em uma mesma base principiológica e que esse conjunto encadeado de princípios dão sustentação para que, no exercício de sua jurisdição constitucional abstrata, o STF, ao prolatar suas decisões, leve em consideração o aventado pelos amigos da corte. Isso porque esse instrumento tanto viabiliza um exercício do contraditório nesse tipo de atividade, como também não promove uma limitação dos fundamentos com os quais o Tribunal terá que trabalhar (não macula a causa de pedir aberta). Daí que as asserções de Ronaldo Dias se mostram aplicáveis à discussão. É dizer: as contribuições manifestadas pelos *amicus* precisam ser consideradas na decisão em reverência aos princípios do contraditório, imparcialidade e da fundamentação, todos em conexão.

Por fim, então, cabe dizer que tanto quando se promove uma leitura orgânica do âmbito normativo constitucional, quanto se analisa as funções institucionais desempenhas pelo STF, pautadas num exercício decisório racional, observa-se que tem lugar se cobrar da Corte que as perspectivas trazidas pelo *amicus curiae* sejam ouvidas e incorporadas no processo decisório, para que desse modo a legitimidade de exercício do órgão se mostre adensada e se possa vislumbrar uma maior democratização e pluralização da instância.

3.4 Da densificação possibilitada: manutenção enquanto arena de concretização de direitos e adequação ao princípio democrático

Quando se iniciou a discussão no presente trabalho a respeito da legitimidade democrática, vislumbrou-se que, em razão desse vínculo subjetivo de aquiescência que deve existir entre os membros do Estado e os cidadãos (no caso magistrados e jurisdicionados), seria importante avançar na discussão acerca da legitimidade do STF sob diversas óticas, pois uma perspectiva limitada ou unitária acerca de sua justificação democrática não teria o condão de verdadeiramente robustecer esse vínculo.

Assim, é que a ponderação de Walber de Moura Agra (2005, p. 146) se mostrou acertada ao dizer que, para que se fortalecesse a legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira, seria de bom alvitre que ela viesse a absorver o maior número de

mananciais teóricos, tendo, entretanto, como vetor principal a concretização de direitos fundamentais.

Desse modo é que se procedeu no trabalho, buscando articular dimensões diversas da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal. Por um lado abordou-se sua legitimidade objetiva, buscando reforçar o desempenho da função que exerce no regime democrático brasileiro, a partir de uma maior proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, na dimensão de sua legitimidade de exercício, intentou-se aprimorar o seu processo decisório a partir de uma maior participação democrática, dentro das peculiaridades de sua função.

No primeiro viés, defendeu-se que, ao voltar seu ativismo judicial para a proteção do mínimo existencial dos direitos fundamentais, cuja dimensão de significado pode ser extraída das diretrizes impostas na própria Carta de 1988, essa atividade contribuiria ao processo democrático brasileiro, visto tornar possível que os cidadãos tenham aqueles patamares básicos de vida garantidos, possibilitando que deliberem de modo verdadeiramente democrático; tanto porque, de fato, terão melhores condições de participar dos procedimentos deliberativos, mas também porque se encontrarão numa democracia mais substancial.

Na segunda mirada, visualizou-se que a participação democrática no processo decisório pretendida pelo instituto do *amicus curiae*, para verdadeiramente, poder trazer a contribuição dos setores sociais que representa e, assim, efetivamente possibilitar uma maior participação no processo interpretativo da Corte, dependeria de que os ministros passassem a conhecer os argumentos trazidos por tais interventores e dialogar com eles. Aliás, a leitura do sistema constitucional e a manutenção da racionalidade do processo decisório do Tribunal tornariam essa apreciação necessária.

Essas medidas, além de propiciarem ganhos de legitimidade nas suas dimensões respectivas (exercício e objetiva), quando entretidas, amplificam suas potencialidades, uma vez que a articulação entre o fortalecimento de elementos participativos e um exercício voltado a uma verdadeira proteção de direitos fundamentais, permitiria uma atuação ativista do STF que contribuiria para a democracia brasileira. Isso porque, estaria reforçando e protegendo elementos essenciais para o exercício democrático, mas realizando tal intento de um modo conjunto à população, ouvindo e dialogando com as perspectivas e projeções que os atores sociais possuem a respeito dos direitos fundamentais.

O processo de significação dos conteúdos do mínimo existencial, não seria construído somente a partir do ponto de vista da Corte. A sociedade também encontraria espaço para ponderar em quais termos os indicadores constitucionais parametrizantes projetar-se-iam nos

diferentes direitos prestacionais, de modo que a proteção do patamar mínimo de vida seria fruto de uma decisão mais plural. Razão pela qual a decisão acerca desses direitos fundamentais não poderia ter a pecha de uma visão totalizante da Corte em descompasso com a realidade social.

Por outro lado, o reforço das condições democráticas promove em longo prazo um fortalecimento dos instrumentos participativos do STF, é dizer: a partir do momento em que os patamares básicos estão garantidos, mais grupos sociais passarão a se articular e pretender participar das deliberações no âmbito do controle de constitucionalidade, visto também desejarem se inserir nesse espaço institucional. Assim, o instituto do *amicus curiae* tornar-se-ia mais plural, pois novos grupos passariam a querer se valer dele, e, por conseguinte, o próprio processo decisório se tornaria mais pluralizado.

Aliás, ainda nessa linha das possíveis implicações que uma forma de legitimação acarretaria na outra, se verifica que a abertura do Tribunal à participação popular, que se opera com os amigos da corte, possibilita que as demandas reivindicatórias de efetivação de direitos fundamentais, que nascem no seio social, ecoem no Pretório Excelso. Dessa forma, ele estará mais apto a cumprir sua relevante missão institucional de promotor de um contexto propício para a construção de uma verdadeira democracia. Extraem-se, assim, as potencialidades que uma atuação judicial, justamente, nas searas em que ela efetivamente tem mais a contribuir.

Ademais, a articulação das medidas permite superar as limitações que a adoção de um único manancial teórico poderia implicar. Significa dizer que, ao se entretecer as ideias de participação no processo judicial, juntamente com uma atuação que vise concretizar os dispositivos da Carta Maior, se pode, em boa medida, dialogar com a crítica apresentada por Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 267, 280-281) ao modelo habermasiano. Crítica essa que apontava para a dificuldade de estabelecer como centro republicano o Poder Legislativo e todo o seu conjunto de procedimentos democráticos e legitimar a Jurisdição Constitucional, sobretudo, a partir do espaço público. Isto porque na realidade brasileira, cuja maior parte da população não dispõe ainda de direitos de segunda geração, torna-se difícil acreditar que poderia haver no espaço público uma “comunidade ideal de comunicação” (WOLKMER, 2001, p. 267), pelo contrário, grande parte da cidadania está excluída do debate público.

Assim, é preciso uma atuação no sentido de reforçar os direitos fundamentais para que os debates públicos possam ocorrer. Ora, ao se ponderar o exercício conjunto da participação política na jurisdição com uma atuação voltada a efetivação dos direitos sociais, torna-se possível superar essa lacuna, visto que não se estaria pretendendo que a Corte restringisse sua

atuação, pelo contrário, estar-se-ia buscando extrair dela contribuições no campo de discussão em que mais pode contribuir: nos direitos fundamentais.

Noutro giro, a utilização substancial de mecanismos que demonstrem as perspectivas dos diferentes grupos que compõe a sociedade brasileira, permitiria que o exercício do ativismo judicial no STF, ao versar sobre direitos fundamentais, não se desse de modo desconectado da realidade. Destarte, com a conjunção de instrumentos de democracia participativa no processo decisório, o Tribunal não se fecharia em uma lógica interna. Não se poderia dizer que o núcleo principiológico fundamental da Constituição fora subtraído do processo democrático ou que a Constituição seria apenas o que o STF diz que ela seja. A construção dos sentidos da norma teria sido feita em diálogo com os atores sociais, num espaço em que as decisões se dariam de modo racional e se pautariam pela busca do argumento que, por um lado conseguisse melhor satisfazer as diferentes perspectivas populares com relação ao tema debatido e, por outro, levasse em atenção a normatividade dos conteúdos constitucionais.

Ademais, também é importante ponderar a respeito dos apontamentos feitos calibrando-os na perspectiva de como eles poderiam ser observados na atual dinâmica de funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, em que medida poderiam ser levados em consideração, diante do exacerbado número de processos que o Tribunal tem que julgar. Ora, nesse sentido, poder-se-ia pensar, por exemplo, como promover o ideal de uma maior participação, ouvindo os atores sociais e com eles interagindo, quando se está diante de tantos processos.

Sem dúvida — como já dito tantas vezes ao longo desse trabalho — as contribuições apresentadas não tem o condão de suprir todos os problemas que assolam a Corte. Ademais, ao abordar o tema dentro dos atuais marcos normativos, há certas limitações que se tornam difíceis de transpor. Todavia, também nesse ponto a articulação entre as searas de legitimação pode ofertar algumas respostas a esse problema. Assim, reconhecendo não ser possível uma participação em todos os processos que o Tribunal atua, parece que, no controle de constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* deveria se mostrar presente, sobretudo, naqueles casos em que a aplicação constitucional importará numa nítida escolha político-valorativa por parte do tribunal. Tal escolha valorativa se mostra mais presente quando se trata da proteção e efetivação de direitos fundamentais. Deste modo, restando claro que nessas searas, ao decidir, tivesse que tomar uma decisão ativista, ele deveria se valer desse instrumento (*amicus curiae*) como meio de ampliar e densificar sua legitimidade.

Desse modo, compreende-se que as contribuições apresentadas, em boa medida, se adequariam a um dos nortes que se estabeleceu ao início do processo investigativo. Isto é, buscar apresentar contribuições que fossem úteis, ou seja, adequadas ao cenário social brasileiro, com o fito de que a discussão não se descolasse da realidade. Assim, tendo-se em conta o contexto de desigualdades sociais presente no Brasil, e constituindo-se a jurisdição constitucional um possível instrumento de efetivação de direitos fundamentais, pretendia-se que as contribuições apresentadas possibilitassem legitimar uma atuação do Supremo Tribunal Federal capaz de concretizar direitos individuais e sociais na esfera judicial. Ao mesmo tempo em que não se pretendia que essas decisões se dessem em desconexão com a realidade dos viventes da norma, parecendo-lhes um exercício de arbitrariedade. Era importante também que os cidadãos reconhecessem as atividades do Tribunal enquanto consonantes aos primados de um Estado Democrático de Direito.

Acredita-se que a articulação das contribuições apresentadas, conquanto não seja capaz de solucionar todas as questões que o tema da legitimidade democrática do órgão pode suscitar, bem como os problemas estruturais que assolam o STF (excessivo número de processos, concentração de competências, etc.), pode deixar mais bem compatibilizado — no presente, no agora; dentro de suas atuais estruturas e de seus marcos normativos — o exercício do ativismo judicial concretizador de direitos fundamentais e as premissas democráticas. Assim, se compreendidas dentro desse campo, ainda que bastante modestas para enfrentar toda a problemática da legitimidade democrática, podem mostrar-se úteis.

CONCLUSÕES

A argumentação empreendida ao longo do desenvolvimento desta pesquisa acadêmica permitiu-se que se avançassem algumas teses a respeito do ativismo judicial praticado no Supremo Tribunal Federal e a suas implicações a respeito da legitimidade democrática da Corte. Assim, a despeito de se admitir a existência de limitações na análise empreendida, há que se reconhecer que se promoveram avanços na discussão do tema, sendo possível extrair algumas conclusões.

1. A compreensão da ideia de legitimidade democrática no âmbito da justificação do poder político pode ser compreendida enquanto a aquiescência da população para que o Poder se exercite. Este liame não pode ser reduzido a instrumentos procedimentais, visto não serem capazes de garantir que o nexo de reconhecimento entre governantes e governados seja mantido. Na verdade ele se estriba no consenso da população acerca dos valores e fins que devem orientar o agir estatal. Assim, além dos procedimentos legais são necessárias outras formas que promovam o incessante robustecimento desse vínculo, seja através da manutenção e proteção dos valores entendidos como fundamentais, seja pela inserção de formas diretas de participação da decisão política na coisa pública.

2. A projeção dessa ideia de legitimidade do poder político para o âmbito do Supremo Tribunal Federal permite visualizar que apenas o estribo da legalidade, a partir das previsões da Constituição, não se mostra suficiente para justificar a amplitude de funções que esse órgão desempenha no cenário brasileiro. Destarte, faz-se necessário pensar os seus alicerces de modo que as suas funções se mostrem racionalmente compreendidas pela população, reconhecendo que as atividades da Corte, ainda que contramajoritárias, se mostram necessárias.

3. Ativismo judicial, a despeito de todas as críticas feitas ao termo, não é entendido enquanto uma desnaturação da atividade do Poder Judiciário. Ao se analisar a construção histórica do uso da locução — oriunda dos Estados Unidos da América — e se verificar como se daria seu transporte adequado para o cenário brasileiro, foi possível entender a ideia de ativismo judicial como uma maior participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, através de decisões de perfil aditivo ao ordenamento jurídico, regulamentando condutas sociais ou estatais, anteriormente não normatizadas, independentemente da intervenção legislativa. Trata-se de criação judicial do direito, que inova no ordenamento jurídico com base nos princípios constitucionais, sem que se perpassa

pelo intermédio do legislador. Este tipo de postura dos magistrados se mostra mais presente em cenários de judicialização, conquanto não se confunda com esse conceito.

4. Ao se perceber que as funções judiciais e as respectivas projeções sobre elas sempre estiveram correlacionadas aos modelos de Estado no qual se encontravam alocadas, foi possível compreender as razões pelas quais a prática do Ativismo Judicial se mostra mais presente nas sociedades contemporâneas. Dessa forma, primeiramente, se observou que no Estado Providência, a conformação de matérias de natureza política (de caráter prospectivo) dentro dos códigos do direito tornou possível que essas matérias fossem exigidas judicialmente. Ademais, no estado Pós-Providência, o conjunto de alterações na sociedade, em boa medida ocorridos pelos fenômenos da globalização e a chamada Revolução técnico-científica, ocasionaram uma maior diversificação social e uma maior velocidade na alteração da dinâmica das relações sociais, fazendo com que as interações gregárias se tornassem mais complexas. O Estado, na busca de acomodar essa facticidade cambiante dentro da normatividade passou a realizar uma produção legislativa desenfreada, dando origem ao fenômeno da *inflação legislativa*, conceito no qual convergem as ideias de *hipertrofia legislativa*, *maior variabilidade das normas* e *redução do conteúdo normativo das leis*.

5. A ocorrência desses fenômenos deslocou para o Poder Judiciário o fechamento normativo das leis que se tornaram mais flexíveis, porosas, tópicas e indeterminadas. Isso porque dessa forma alcançava-se uma maior capacidade de adaptação às modificações sociais, garantindo um mínimo de estabilidade para o ordenamento jurídico, pois não era preciso que as leis fossem modificadas constantemente. Essa nova característica normativa — que não se configura como passageira ou temporária — ampliou significativamente o espaço da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, social e econômica. Portanto, dentro dessa sistemática, a prática do ativismo judicial irá ocorrer, a despeito das críticas que lhe são feitas.

6. Ao analisar o processo histórico brasileiro de consolidação do Poder Judiciário, observou-se que ele imprimiu contornos acentuados tanto à judicialização quanto ao ativismo judicial. Nesse processo, tem responsabilidade destacada a Constituição de 1988, porquanto positivou um extenso rol de direitos fundamentais, acarretando o chamado “curto-circuito histórico”, em que a consagração de diversas dimensões de direitos básicos, de uma vez, num único ato constitucional, tornou difícil o seu processo de implementação, criando um descompasso entre a realidade e a normatividade. Situação na qual o Poder Judiciário passou a ser contínua e reiteradamente acionado para implementar esses direitos. Com o aprofundamento desse fosso que se operou no cenário pós-constituente em que se passou a

propugnar um “Estado mínimo”, ao mesmo tempo em que as pretensões populares almejavam — com base na Constituição — maiores pretensões positivas do ente Estatal, a procura pelo Poder Judiciário aumento substancialmente, colocando esse Poder no centro das decisões políticas.

7. Nesse cenário é que o Supremo Tribunal Federal ganhou destaque nas relações institucionais brasileira. Também se vislumbrou que essa proeminência apenas ocorreu a partir da Constituição de 1988, visto que, antes disso sua trajetória foi marcada por movimentos de avanços e retrocessos, que se intercalavam à conformidade das variações dos regimes políticos que se sucederam na história republicana do país. A própria Corte não dispunha de solidez institucional suficiente para fazer frente aos demais poderes. Entretanto, com o advento da Carta de 1988, com todo o instrumental jurídico que se implementou, o STF passou a ser o vértice no qual confluíam todas as ações desse arsenal de ações judiciais, oriundas dos dois modelos de controle de constitucionalidade que coexistem no país. Chegam-lhe ações pela via do recurso extraordinário e pela via do controle objetivo de normas. Assim, é que se visualiza que dada essa posição singular que ocupa e, dentro de toda a judicialização que se verifica na sociedade brasileira, a maior parte das grandes questões políticas do país passam pelo seu crivo.

8. Dentro dessa conjuntura é que a prática do Ativismo Judicial por essa Corte ganha grande repercussão. Observa-se que a força motriz a desencadear um maior ativismo judicial estaria no fato de que existe uma série de pretensões que não têm sido solucionadas nas instâncias políticas. Desse modo, visualizou-se que o arrefecimento desse fenômeno dependeria menos de reformas nos sistemas legais e mais da mudança da interação entre os outros poderes políticos e as demandas da população. Destarte, se por um lado, o Ativismo Judicial tem suprido os problemas de inefetividade dos direitos fundamentais que impingem a democracia brasileira; por outro, se reconhece que seu excesso pode ser prejudicial a esta. Daí a necessidade de se conhecer as vicissitudes que ele enseja, para que se possa aprimorá-lo, tornando-o compatível com o Estado Democrático de Direito. Das três ordens de críticas identificadas (*arbitrariedade, capacidade dos tribunais, e legitimidade democrática dos tribunais*), aprofundou-se a discussão da justificação democrática.

9. É possível se observar diferentes alicerces de legitimidade democrática do STF. Primeiramente, de uma perspectiva formal, o órgão encontra guarida na previsão constitucional que prevê sua atuação, assim, dada a imperatividade de suas normas, estaria legitimado. De um ponto de vista material, ainda nesse esteio se pode dizer que a Constituição, por ser fruto de um momento de especial participação política da população,

tem em suas disposições uma maior legitimidade, desta feita, estas teriam prevalência com relação às normas ordinárias. No que toca aos seus integrantes, se pode dizer que também há um liame de legitimação, visto que são investidos por uma atuação conjugada dos representantes do povo. Ainda se pode apontar a legitimidade do órgão com base na função que exerce no funcionamento democrático, uma vez que realiza a proteção de direitos fundamentais, impedindo que sejam violados pelas maiorias políticas. Esta proteção não é funcional somente porque protege o indivíduo dessa atuação majoritária, mas também porque lhe assegura a participação no processo de deliberação democrática. Também se pode encontrar justificção para sua atuação no fato de que o STF se mostra uma instituição adequada para a defesa e proteção dos direitos fundamentais, haja vista que eles não devem ser valorados de acordo com os objetivos da comunidade política, mas sim a partir das noções de justiça, equidade e demais valores que a Constituição alberga. Por fim, dado o fato de que a atividade judiciária deve ser pautada pela tomada de decisões através de métodos racionais, com estribo nas normas, poderia se alcançar uma melhor decisão nessa seara. Isso porque caso fosse seguido um procedimento argumentativo racional, se alcançaria o resultado mais adequado.

10. A despeito de todas essas formas de se enxergar a legitimidade democrática da Corte, quando se trata da temática de atribuição de sentidos às diretrizes da Constituição, essas explicações se mostraram insuficientes. Isto demonstra que há campo para a legitimidade dessa instituição ser aprimorada, aprofundada, densificada. O que tornaria esse ativismo praticado pela Corte mais bem compatibilizado com o princípio democrático.

11. É possível densificar a legitimidade democrática do STF com base em sua legitimidade de exercício e legitimidade objetiva.

12. Vislumbrou-se que a legitimidade objetiva do órgão poderia ser aprimorada, buscando-se reforçar o desempenho da função que exerce no regime democrático brasileiro, a partir de uma maior proteção dos direitos fundamentais. Tais direitos funcionam também como condição de possibilidade da democracia. A garantia dos direitos sociais desenvolve no cidadão a ‘capacidade’ para exercer real influência sobre os destinos da comunidade.

13. Na legitimidade de exercício, ponderou-se que a inserção da comunidade de intérpretes nos procedimentos constitucionais, à luz do que aduz Peter Häberle, tem aptidão para fortalecer a legitimidade de exercício do Supremo Tribunal Federal. Isso porque STF estaria realizando tarefa de criação normativa, baseado nas diretrizes da constituição; mas, mais do que isso, teria a perspectiva que os cidadãos, em seus diferentes grupos, têm daquele conteúdo específico, de tal forma, que teria o enlace entre texto e contexto constitucional a

sua disposição. Razão pela qual, se alcançaria um exercício do ativismo judicial mais legitimado, pois a deliberação da Corte conheceu as diversas perspectivas sobre a matéria, ponderou-as em relação ao conjunto de diretrizes que a Constituição de 1988 estipula e, em seguida, estabeleceu a sua criação normativa de modo a conformar todos esses elementos.

14. A proposição apresentada no âmbito da legitimidade objetiva foi de voltar o ativismo judicial do STF para a proteção do mínimo existencial cuja dimensão de significado pode ser extraída das diretrizes impostas na própria Carta de 1988. Essa atividade contribuiria ao processo democrático brasileiro, visto tornar possível que os cidadãos tenham aqueles patamares básicos de vida garantidos, de modo que possam deliberar de modo verdadeiramente democrático, tanto porque, de fato, terão melhores condições de participar dos procedimentos deliberativos, mas também porque se encontrarão numa democracia mais substancial.

15. A contribuição apresentada no âmbito da legitimidade de exercício abordou a questão de tornar mais efetiva a participação do *amicus curiae* no controle concentrado de normas. Para tanto, se ponderou que a pluralização e democratização do controle constitucional através desse instrumento só se efetivaria, caso as contribuições trazidas pelos *amicus* ao processo de fato pudessem influir na dinâmica de tomada de decisão dos Ministros; isto é, caso fossem capazes de agregar novos anseios e interesses, diversificando as perspectivas. Tecnicamente isso significa: se os argumentos trazidos à Corte constarem nos votos e forem sopesados no mesmo conjunto das demais teses e provas presentes nos autos.

16. A partir de uma leitura dos princípios da imparcialidade, contraditório e fundamentação, é possível se extrair que no exercício de sua jurisdição constitucional abstrata, o STF, ao prolatar suas decisões leve em consideração o aventado pelos amigos da corte. A própria ideia pela qual a Corte se legitima numa democracia — pelo processo racional de tomada de decisões, que num âmbito de normas de conteúdo aberto, perpassa pelos processos de razão dialógica — também imporiam que os argumentos apresentados fossem considerados no momento da decisão, sob pena da prolação judicial perder em racionalidade.

17. Quando essas duas vertentes de aprimoramento da legitimação (exercício e objetiva) são articuladas e empreendidas de modo conjunto, ambas se potencializam e suprem, em boa medida, as carências que a adoção de um só manancial teórico poderia acarretar. Isto porque, a confluência entre o fortalecimento de elementos participativos e um exercício voltado a uma verdadeira proteção de direitos fundamentais, permitiria uma atuação ativista do STF, que contribuiria para a democracia brasileira. Desse modo, estar-se-ia

reforçando e protegendo elementos essenciais para o exercício democrático, mas, realizando tal intento, de um modo conjunto à população, ouvindo e dialogando com as perspectivas e projeções que os atores sociais possuem a respeito dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 2004.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ARAÚJO NETO, Henrique Batista de. O amicus curiae no STF: efetividade e novos rumos. **Constituição e Garantia de Direitos**, Natal. v. 4, n. 1, p. 1-23, 2011. Disponível em: <<http://www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/issue/view/39/showToc>>. Acesso em: 1 nov. 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9 mar/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2011.
- _____. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 9, p. 258-301, 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/americaniza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos-teoria-da-jurisprud%C3%Aancia-constitu>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 3 mar. 2012.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>> . Acesso em: 2 abr. 2014.

_____. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

_____.; MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2012: O STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>> Acesso em: 22 maio 2014.

_____.; _____. Retrospectiva 2011: STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniaopublica-subserviente.>>. Acesso em: 22 maio 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade**: descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília, DF: Ed. UNB, 2014. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

BERCOVICI, Gilberto. O Estado Desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 47, p. 149-180, 2004a. Disponível em: <http://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24894/1/BoletimXLVII_Artigo4.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004b. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumento de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A Dimensão do Amicus Curie no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 26, maio/jul. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-GUSTAVO-BINENBOJIM.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: _____.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Tradução de Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 3, p. 17-31, 1993.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alexandre Walmott; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 48, n. 192, p. 67-77, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI n. 748, Rel. Min. Celso de Mello, 15 dez. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346578>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 nov. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 dez. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ação direta de inconstitucionalidade: intervenção de amicus curiae. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 138, p. 165-184, ago. 2006a

_____. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006b.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. Amicus Curiae – A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/510/691>> Acesso em: 10 maio 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares – O amicus e o Vertreter dês öffentlichen Interesses. **Revista de Processo (Repro)**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-4, set./out. 2004

CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006. t. 1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. **Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 74-85, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe et al. O Supremo Tribunal Federal e a força normativa dos fatos: a judicialização da política e os sentidos do ativismo judicial. **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, ed. esp., p. 99-129, dez. 2008. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/images/_PPGD/pdf/RevJ3.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

_____. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 23, p. 127-139. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci_arttext>. Acesso em: 9 abr. 2014

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFGMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ : FAPERJ, 2003.

_____. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/343/r137-16.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito**. 2010²⁸. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

COL, Juliana Sípoli; SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. A súmula vinculante e o precedente judicial. **Espaço Acadêmico**, Maringá, n. 126, p. 72-83, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12994/8146>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

²⁸ Texto originalmente elaborado para Palestra proferida no V Congresso de Direito da FAETE, *Ativismo judiciário: um diálogo com o Professor José de Albuquerque Rocha*, realizado em Teresina, Piauí, nos dias 12 a 14 de maio de 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio a 1ª edição: variações sobre o conceito de povo no regime democrático. In: MÜLLER, Friedrich, **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

CONSTANTINO, Alexandre Krüger. Amicus curiae e democracia: uma abordagem crítica através de Habermas e Häberle. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFU, 21., 2012. **Anais....** Uberlândia: Ed. UFU, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e0c641195b27425b>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496562>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

COSTA, Beatriz Castilho de. **A influência exercida pelo amicus curiae nos votos dos ministros do supremo tribunal federal nos acórdãos das ações direta de inconstitucionalidade.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9750>>. Acesso em: 1 nov. 2012

COURTIS, Christian. Critérios de justicialibilidade dos direitos econômicos, sociais, e culturais: uma breve exploração. In. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira (Coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira (Coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe:** elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: BIRD: BM, 1996a. (Documento técnico, 319). Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

_____. **Latin America and Caribbean region – the judicial sector in Latin America and the Caribbean:** elements of reform. Washington, D.C.: The World Bank, 1996b. (World Bank Technical, n. WTP 319). Disponível em <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1996/06/696440/latin-america-caribbean-region-judicial-sector-latin-america-caribbean-elements-reform>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Princípios constitucionais diretores da jurisdição no Estado Democrático de Direito. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v.1, n.4, ed. esp., p. 98-136, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654377/artigo%2006.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____.; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões no Estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas**, Serro, n. 1, p. 112-138, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, Positivismo e Pragmatismo na interpretação do direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, p. 11-27, 1999.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUARTE JUNIOR, Ricardo César Ferreira. O problema da legitimidade nas sociedades complexas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, ano 19, v.74, p. 81-104, jan./mar. 2011

DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Rigidez e estabilidade constitucional**: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais**. 2010. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07022011-152707/fr.php>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sergio. **Participação social no judiciário como instrumento para a democratização da Justiça**. 2010. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/participacao_social_no_judiciario_como_instrumento_para_a_democratizacao_da_justica_antonio_escrivao_2010.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2014.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça**: a função social do Judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989. (Fundamentos, n. 48).

_____.; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números**: o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf> Acesso em: 22 maio 2014.

_____. et al. **II Relatório Supremo em Números**: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/ii_relatorio_o_supremo_em_numeros_-_o_supremo_e_a_federacao_entre_2010_e_2012.pdf>. Acesso em: 22 maio 2014.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. **O Poder Judiciário no Brasil**: paradoxos desafios e alternativas. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 1995, (Monografias do CEJ; v. 3). Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1457>> Acesso em: 31 mar. 2014.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004a.

_____. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, ano 18, n. 51, p. 103-125, 2004b. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006>. Acesso em: 31 abr. 2014.

- FARIA, José Eduardo Introdução: o judiciário e desenvolvimento sócio-econômico. In: _____. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005a.
- _____. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: _____. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005b.
- _____. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005c.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010.
- _____. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Confluências**, Niterói, v. 12, n. 2, p. 106-128, out. 2012. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/121/145>>. Acesso em: 9 abr. 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trota, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do (Org.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- _____. **La Justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritário del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

_____. Cultura y derecho constitucional: Entrevista a Peter Häberle. [abr. 2009]. Entrevistador: Raúl Gustavo Ferreyra. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 1, p. 379-398, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000100014&script=sci_arttext>. Acesso em: 17 ago. 2014.

HAMILTON, Alexander. Da inamovibilidade do Poder Judiciário. In: _____.; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

INDEFERIMENTO de ingresso de *amicus curiae* e recorribilidade – 2. **Informativo do STF**. Brasília, DF, n. 665, maio de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo665.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KMIEC, Keenan D. The origin and current menings of “judicial acivism”. **California Law Review**, California, p. 1441-1447, oct. 2004. Disponível em: <http://constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 26 jun. 2012

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el Derecho brasileño. **Estudios Constitucionales de Chile**, Talca, ano 8, n. 1, p. 283-304, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. **Revista de Derecho - Universidad de Montevideo**, Montevideo, v. 9, p. 53-64, 2006. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Gesta-Leal-O-control-e-jurisdiccional-de-politicas-publicas-no-Brasil-posibilidades-materiais.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado Supremo Tribunal Federal. 2008. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2008.

LEITE, José Correa. Reformas democráticas e contra-reformas neoliberais. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo v.10, n. 4, p. 27-36, out./dez. 1996. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br/produtos/spp/index.php?men=rev&cod=2073>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

LEVI, Lucio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

LIMA, Francisco Gérso Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989. (Série fundamentos, n. 48).

_____. A crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012a.

_____. Democracia e constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária — a alternativa plurinacional boliviana. In: FIGUEIREDO, Eduardo H. L.; MONACO, Gustavo F. C.; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). **Constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012b.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2006. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=299>. Acesso em: 1 abr. de 2014.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995. Disponível em: <<http://web.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/065/65.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Neoliberalismo e gozo**. jan. 2012. Disponível em: <<http://blogdotarso.com/2013/01/21/neoliberalismo-e-gozo-agostinho-ramalho-marques-neto/>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

MARSHALL, William P. Conservatism and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, v. 73, set. 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266> Acesso em: 10 abr. 2014.

MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. Salvador: Jus Podvim, 2013.

MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte?** Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/81>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 845-889, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000400004>. Acesso em: 1 abr. 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana et al. (Org.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____.; SILVA, Virgílio Afonso da. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 199-222.

MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2013: Os 11 julgamentos que marcaram o ano do Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-11-julgamentos-marcaram-ano-stf>>. Acesso em: 22 maio 2014.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Legitimidade da Justiça Constitucional. Legitimidade da Justiça Constitucional. **Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 8, p. 1-20, nov. 2001. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ALEXANDRE_MORAES.pdf>. Acesso em: 26. jun. 2012.

MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação da decisão. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, p. 147-166, dez. 2012. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/376/310>. Acesso em: 18 ago. 2014.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 4, p. 1-35, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcelo-neves/a-forca-simbolica-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 1 abr. 2004

NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia** Salvador: Juspodivm, 2013. Disponível em: <http://www.editorametodo.com.br/marcelonovelino/arquivos/NOVELINO_final.pdf> Acesso em> 21 maio 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83818>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

PAIXÃO, Leonardo A. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>>. Acesso em: 1 abr 2014.

PEREZ, Carlos Aberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 78, p. 115-149, 2012.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no o Brasil: desafios e perspectivas. **Araucaria**, Sevilla, v. 8, n. 15, p. 128-146, ene./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28281509>>. Acesso em: 14 out. 2013

PRADO, Rebeca Makowski de Oliveira. **Política judiciária e razoável duração do processo: democratização institucional e balizas judiciárias**. 2013. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/politica-judiciaria-e-razoavel-duracao-do-processo_democratizacao-institucional-e-balizas-judicia.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Jurisdição Constitucional Participativa. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, São Paulo, n. 11, p. 59-78, out 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. (e-book).

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, ano 3, p. 1-31, 2009/2010.

RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae**: Democratização da Jurisdição Constitucional. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Ativismo judicial. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, Belo Horizonte, n. 58, 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98136>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

ROLLA, Giancarlo. La evolución del constitucionalismo en América Latina y La originalidad de las experiencias de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 16, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=8&IDN=1294&IDA=36403>> Acesso em: 1 abr. 2014.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. **A legitimidade da função política do poder judiciário na democracia constitucional**: uma concepção orientada à concretização dos direitos fundamentais. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4062> Acesso em: 1 nov. 2012.

ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma revolução democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989. (Série Fundamentos, n. 48). p. 39-65.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. (Coord.). **Por um constitucionalismo inclusivo**: história Constitucional Brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: _____; SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SODRÉ, Habacuque Wellington. A politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, out. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75434>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

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

_____. Teoria da constituição, democracia e igualdade. **Mundo Jurídico**, Rio de Janeiro, ago. 2006. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=852 . Acesso em: 25 nov. 2012.

_____. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatística de decisões a partir de 2008**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. In. _____. (Coord.). **Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

THÉRET, Bruno. O neoliberalismo como retórica econômica e modo de ação política: de uma clivagem esquerda-direita e uma fratura entre o financeiro e o social: o caso francês. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 17, 1993, Caxambú. **Anais...** Caxambú: ANPOCS, 1993. Disponível em:

<http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_24/rbcs24_04.htm>. Acesso em: 18 maio 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução nº 1.841**, rel. Professor Sá Filho, j. em 07.05.1947. fls. 866. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

VARGAS, Cirilo Augusto. A conexão entre os princípios do Contraditório e da Fundamentação das decisões jurisdicionais. **E-civitas**: Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 1-35, jul.2011. Disponível em:

<<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/104/59>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2014

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional (1993). Coimbra: Coimbra, 1995.

WALDRON, Jeremy. The core against judicial review. **The Yale Journal**, San Diego, p. 1341-1406, mar. 2006. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2012.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1978.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário**: crises, acerto e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.