



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VALMIR CHAVES DE OLIVEIRA NETO

**A RELAÇÃO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO FENÔMENO DA
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: LINGUAGEM, SEPARAÇÃO DE PODERES E
DIÁLOGO INSTITUCIONAL**

Salvador
2017

VALMIR CHAVES DE OLIVEIRA NETO

**A RELAÇÃO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO FENÔMENO DA
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: LINGUAGEM, SEPARAÇÃO DE
PODERES E DIÁLOGO INSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Salvador

2017

VALMIR CHAVES DE OLIVEIRA NETO

**A RELAÇÃO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO FENÔMENO DA
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: LINGUAGEM, SEPARAÇÃO DE
PODERES E DIÁLOGO INSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 11 de setembro de 2017

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel – Orientador
Doutor em Direito e Ciências Sociais pela UFBA
Universidade Federal da Bahia

Prof. Me. José Ponciano de Carvalho Júnior
Mestre em Direito pela PUC-SP
Universidade Federal da Bahia

Prof. Me. Iuri Mattos de Carvalho
Mestre em Direito pela PUC-SP
Universidade Federal da Bahia

FICHA CATALOGRÁFICA

OLIVEIRA NETO, Valmir Chaves de.

A relação entre legislativo e judiciário no fenômeno da judicialização da política no Brasil: linguagem, separação de poderes e diálogo institucional / Valmir Chaves de Oliveira Neto, 2017.

100 fls. : 11

Orientador: Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Monografia (Bacharelado) – UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA, FACULDADE DE DIREITO, Salvador, 2017.

O apanhador de desperdícios

Uso a palavra para compor meus silêncios.

Não gosto das palavras

fatigadas de informar.

Dou mais respeito

às que vivem de barriga no chão

tipo água pedra sapo.

Entendo bem o sotaque das águas

Dou respeito às coisas desimportantes

e aos seres desimportantes.

Prezo insetos mais que aviões.

Prezo a velocidade

das tartarugas mais que a dos mísseis.

Tenho em mim um atraso de nascença.

Eu fui aparelhado

para gostar de passarinhos.

Tenho abundância de ser feliz por isso.

Meu quintal é maior do que o mundo.

Sou um apanhador de desperdícios:

Amo os restos

como as boas moscas.

*Queria que a minha voz tivesse um formato
de canto.*

Porque eu não sou da informática:

eu sou da invencionática.

*Só uso a palavra para compor meus
silêncios.*

- Manoel de Barros

Aos meus pais Valdemir Chaves e Beatriz Brito

Ao SAJU – Serviço de Apoio Jurídico da Bahia

AGRADECIMENTOS

As palavras, minha palavras, já tão desgastadas compõem, como diz Manoel de Barros, meus silêncios. Chego ao fim, mas não ao final e me rendo a um sentimento de cansaço e estranheza, fatigado das palavras, das minhas palavras. Mas rompo a inercia com a lembrança, marcada na pele e n'alma, dos momentos, das pessoas e dos projetos que marcaram minha estada e são coautoras de cada palavra registrada neste trabalho. Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais, **Valdemir Chaves** e **Beatriz Brito**, pelo apoio, lições e amor. Agradeço, ainda, a minha família, principalmente minha irmã **Priscilla Brito** e meu tio **Ricardo Santos**. Aos amigos e amigas, em especial meu agradecimento aos companheiros e companheiras do **Serviço de Apoio Jurídico da Bahia – SAJU**, nosso lugar, principalmente a **Thiago Ribeiro**, feirense e grande companheiro de jornada – e de calorosos debates processuais no SAJU; **João Vítor**, fiel amigo, sempre a posto para compartilhar os desafios do SAJU e da vida acadêmica; **Isabela Macedo**, sempre muito ativa e disposta a ajudar; **Douglas Mota**, grande camarada de lutas e desafios, parceiro na “vitória das esquerdas na Bahia” e o maior intelectual da Faculdade de Direito; **Lucas Weber**, outro grande parceiro, sempre um bom conselheiro para diversos assuntos e fiel nos seus ideais e o pessoal do Plantão **Quinta Noturno**, do **Triunvirato F5 (Gutembergue Sapucaia, Raul Macedo e Priscila Oliveira)** e ao **Núcleo de Assessoria do SAJU**. Meus agradecimentos aos e as camaradas da chapa e **gestão Mutirão do Centro Acadêmico Ruy Barbosa - CARB** e aos amigos do “Mads” (**Rafael Mota “Neymar”, Raí Rebouças, Vítor Costa “Caculé”, Sérgio Barros, Claudimar Lopes, Antonio Fragoso, Lucas Martins, Lucas Nery, Tiago Andrade e Vítor Brasileiro**, além do grande amigo **Alexandre Gomes**. Agradeço ao meu Orientador **Daniel Oitaven** pelos ensinamentos e diálogos. Sou, neste momento, por inteiro grato. O processo entre o "estar" e a sua "expressão", que se dá na linguagem, se por um lado representa uma perda da realidade e a impossibilidade de expressão exata da materialidade, por outro significa uma memória. E um dia tudo será memória. Faz pouco tempo, após uma conversa com o grande amigo **Douglas Mota**, fui rever, as antigas fotografias do, agora, "meu tempo de Faculdade" e pude perceber como todas as minhas fotos eram retratos coletivos e, principalmente, como todo o meu percurso na graduação foi marcado pela presença de companheiros e companheiras

sempre perfilhados para os desafios, alegrias e desassossegos. É como se, para mim, "a primeira e desolada pessoa do singular" fosse deixando "devagar, sofredamente de ser, para transformar-se - muito mais sofredamente - na primeira e profunda pessoa do plural."

Nós!

Por fim, agradeço aos **trabalhadores e trabalhadoras do Brasil** que, com seus sangue e suor da exploração capitalista, bancaram – e bancam – a nossa Universidade Pública.

RESUMO

A presente monografia intenta trabalhar com a problemática envolvendo a judicialização da política e sua inserção no debate estrutural da separação de Poderes, em especial na relação entre o legislativo e o judiciário. O seu objeto, portanto, é a judicialização da política, com recorte no Brasil, e a relação tensão-distensão do legislativo com o judiciário. O trabalho constitui-se em um “metaeixo epistemológico” com base nas dimensões semânticas e pragmáticas da linguagem e de um “eixo teórico” com base no debate da separação dos poderes, em especial na teoria do diálogo institucional, que pode ser posto em duas escalas: a primeira do reconhecimento do direito como prática eminentemente argumentativa e, pois, interpretativa; a segunda com base na teoria de um diálogo institucional entre os poderes, sua existência empírica e da defesa de uma prevalência “normativa”. O escrito justifica-se e caracteriza-se como um elemento de discussão do quadro institucional da separação de poderes e da necessidade de compreender o que se convencionou chamar de “judicialização da política” no Brasil e sua relação com o amadurecimento das instituições. Por fim, analisa-se como a compreensão da judicialização da política, enquanto fenômeno da arquitetura da separação de poderes possibilita extrair uma responsabilidade político-argumentativa do judiciário como legitimadora de sua atuação constitucional e a flexibilização do paradigma da “última palavra definitiva” e suas especificidades no contexto brasileiro, desde a classificação de formas de diálogo institucional.

Palavras-chave: judicialização da política; constituição; democracia; separação de poderes; e diálogos institucionais.

ABSTRACT

The present monograph plans to work with the problematic involving the judicialization of politics and its insertion in the structural debate of separation of powers, especially the relation between legislature and judiciary. Its object, thus, is the judicialization of politics, focusing in Brazil, and the tension-distension relation between legislature and judiciary. The work consists of an “epistemological meta-axis” based on the semantics and pragmatics dimensions of language and a “theoretical axis” based on the debate of separation of powers, in particular the theory of institutional dialogue, which can be seen in two ways: first as the acknowledgement of law as an eminently argumentative praxis and, thus, interpretive; the second one, based on the theory of an institutional dialogue between the powers, its empirical existence and of the defense of a “regulation’s” prevalence. The essays is justified and characterized as an element of debate in the institutional framework of separation of powers and the need to comprehend what’s commonly called as “judicialization of politics” in Brazil and its relation with the ripening of the institutions. Lastly, it’s analyzed how the comprehension of the judicialization of politics as a phenomenon from the architecture of the separation of power enables the extraction of a political-argumentative responsibility of the judiciary as legitimating of the constitutional acting and the loose of the “final last word” paradigm and its specificities in the Brazilian context, since the classification of modes of institutional dialogue.

Keywords: judicialization of politics; constitution; democracy; separation of powers; institutional dialogues.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	16
2.1 METODOLOGIA CONCEITUAL	16
2.1.1 Linhas gerais	16
2.1.2 O recorte temporal e suas advertências.....	20
2.2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	21
2.2.1 Caracterização do fenômeno	21
2.2.2 Linhas gerais.....	25
2.2.3 Condições para o florescimento do fenômeno	28
2.2.4 A responsabilidade político-argumentativa do judiciário.....	38
2.2.5 O ato da decisão e a questão interpretativa.....	43
3 A INSERÇÃO DO FENÔMENO NO DEBATE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO)	47
3.1 LINHAS GERAIS DO DEBATE.....	47
3.2 TENDÊNCIA DE PREVALÊNCIA DO JUDICIÁRIO	49
3.3 TENDÊNCIA DE PREVALÊNCIA DO LEGISLATIVO	55
3.4 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A PREVALÊNCIA DO DIÁLOGO	59
4 A DEFESA DE UMA TENDÊNCIA DIALÓGICA E O PARADIGMA DA ÚLTIMA PALAVRA	65
4.1 JUSTIFICAÇÃO DA ESCOLHA.....	65
4.1.1 Aspectos gerais.....	65
4.1.2 A desconstrução de “chavões” discursivos	66
4.2 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A “ÚLTIMA PALAVRA”	78
4.2.1 Noções gerais	78
4.2.2 Rodadas procedimentais e a última palavra provisória	80
4.2.3 Diálogo “pacífico” x diálogo “Thrust-and-parry”	82

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia intenta trabalhar com a problemática envolvendo a judicialização da política e sua inserção no debate estrutural da separação de Poderes, em especial na relação entre o legislativo e o judiciário. O seu **objeto**, portanto, é a judicialização da política, com recorte no Brasil, e a relação tensão-distensão do legislativo com o judiciário.

Assim, este trabalho tem como **objetivo geral** estudar e analisar a judicialização da política e a relação “legislativo-judiciário”. Para este desiderato, serão utilizadas duas “lentes”: uma epistemológica e outra teórica. Quanto à primeira (**matriz epistemológica**), utilizar-se-á pressupostos linguísticos, especialmente do reconhecimento das dimensões semântica e pragmática da linguagem, com base no pensamento do “segundo Wittgenstein”, e a adoção de uma metodologia “histórica dos conceitos” de Reinhart Koselleck, no intuito de compreender as variações de significados no espaço-tempo e a polissemia inerente aos conceitos, o que revela um fundo de crítica e de alerta às concepções metafísicas e apriorísticas.

Quanto à segunda lente (**matriz teórica**), utilizar-se-á a teoria do “diálogo institucional”, inserida criativamente no Brasil por Conrado Hubner Mendes, o que perpassar por uma construção realista do estado da arte constitucional, com um viés crítico, no seu sentido de “desconfiança mútua” desde um criticismo kantiano, e passando por uma relativização de posições excludentes da necessidade ou desnecessidade de uma judicialização da política, notadamente de uma revisão judicial, para uma posição de reconhecimento das duas instituições (legislativo e judiciário), com suas qualidades e deficiências.

O escrito **justifica-se** e **caracteriza-se** como um elemento de discussão do quadro institucional da separação de poderes e da necessidade de compreender o que se convencionou chamar de “judicialização da política” no Brasil e sua relação com o amadurecimento das instituições e, também, perfilhar-se academicamente frente ao **problema (da pesquisa)**, ou seja: de que modo a judicialização da política, com suas respectivas condições de florescimento e estrutura argumentativa, produz reflexos no debate entre legislativo e judiciário a respeito da titularidade de

uma “última palavra” constitucional e/ou da necessidade de um diálogo institucional constante?

O cumprimento desse empreendimento, passa pela adoção de uma teoria dialógica no âmbito da separação dos poderes, com esteio em Conrado Hubner Mendes e, em certa medida, também, em Jeremy Waldron. Ou seja, parte-se das teorias do diálogo institucional como um “fato” da engenharia constitucional da separação de Poderes para, em cotejo com teorias de defesa da supremacia judicial ou da supremacia legislativa, extrair uma terceira via realista de descrição crítica do objeto da pesquisa.

O cerne do trabalho, assim, constitui-se em um “**metaeixo epistemológico**” com base nas dimensões semânticas e pragmáticas da linguagem e de um “**eixo teórico**” com base no debate da separação dos poderes, que pode ser posto em duas escalas: a primeira do reconhecimento do direito como prática eminentemente argumentativa e, pois, interpretativa; a segunda com base na teoria de um diálogo institucional entre os poderes, sua existência empírica e da defesa de uma prevalência “normativa”.

Desse cerne, surgem algumas **hipóteses**: a concepção da judicialização da política como um fenômeno e um “fato” do arranjo da separação de Poderes; a responsabilidade argumentativa do judiciário como responsabilidade política da instituição; a inexistência de uma última palavra no debate constitucional; o diálogo institucional como mecanismo de melhora deliberativa e de amadurecimento das instituições; e a existência de duas formas principais de diálogo institucional: o “pacífico” e o “Thrust-and-parry” (estocada-e-bloqueio).

A monografia está **estruturada** em cinco capítulos. O primeiro capítulo representa esta introdução; o segundo capítulo (desenvolvimento) fixa os pressupostos metodológicos conceitos e sua justificação, ou seja, a matriz epistemológica do trabalho e busca a análise da judicialização da política, caracterizando-a como fenômeno, trabalhando com suas condições contextuais e adotando a postura de visualizar o direito como prática argumentativa-interpretativa.

O terceiro capítulo (desenvolvimento) insere o fenômeno da judicialização da política no debate da relação tensão-distensão dos Poderes legislativo e judiciário, por meio de uma abordagem mais descritiva e exploratória das tendências, quando

do debate sobre a atuação institucional dos Poderes, da supremacia do judiciário, da supremacia do legislativo e, por fim, da apresentação da tendência do diálogo entre as instituições.

O quarto capítulo (desenvolvimento) apresenta uma abordagem mais sistemática das posições adotadas no trabalho, a partir dos referenciais teóricos da monografia, trazendo as “respostas” das hipóteses que ainda restaram em aberto após os dois capítulos anteriores do desenvolvimento, em especial na justificativa da adoção de uma postura dialógica com a quebra do paradigma da “última palavra” (que baseia as tendências de prevalência do judiciário ou do legislativo).

Nesse sentido, o quarto capítulo, desde uma atitude de desconstrução de “chavões” discursivos (ou lugares comuns argumentativos) das teorias de tendência por um dos Poderes, até a utilização de categorias teóricas de Corrado Hubner Mendes, tais como “rodada procedimental” e “última palavra provisória”, desemboca na proposição de duas formas gerais de diálogo institucional: o diálogo “pacífico” e o diálogo “Thrust-and-parry”, assim como a sua aplicação às matizes e peculiaridades brasileiras, testando a classificação com uma breve análise do diálogo envolvendo a Ação Direta de inconstitucionalidade nº 4.983/CE (julgada pelo Supremo Tribunal Federal) e a Emenda Constitucional nº 96/2017 (Emenda da vaquejada).

Assim, analisar-se-á como a compreensão da judicialização da política, enquanto fenômeno da arquitetura da separação de poderes possibilita extrair uma responsabilidade político-argumentativa do judiciário como legitimadora de sua atuação constitucional e a flexibilização do paradigma da “última palavra definitiva” e suas especificidades no contexto brasileiro, desde a classificação de formas de diálogo institucional.

2 A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 METODOLOGIA CONCEITUAL

2.1.1 Linhas gerais

O Estudo da judicialização da política no Brasil requer, como pressuposto da sua real compreensão, o desenvolvimento de uma gramática, ou para ser menos pretensioso, do desvelar de determinados conceitos e expressões que funcionam, na *práxis* e discursivamente, como elementos fundantes e contextuais da pesquisa.

Por conceitos fundantes e contextuais, quer se dizer conceitos que funcionam como verdadeiros “trunfos” ou pressupostos para o entendimento do fenômeno, enquanto elementos que traduzem o espectro pragmático da linguagem e permitem a delimitação da dimensão semântica (também, aqui, utilizada como espectro da linguagem).

Nesse sentido, toma-se, num primeiro momento e no que tange à lente¹ linguística do trabalho, o entendimento de Wittgenstein², especialmente do chamado “segundo Wittgenstein” e sua consideração pelas dimensões semânticas³ e, principalmente, pragmática⁴ da linguagem. Sobre o referencial linguístico proposto entende-se:

¹ O presente trabalho monográfico não inova no sentido material de seu conteúdo – se não seria uma tese – contudo, se um elemento pode ser destacado – bem ou mal – é a adequação de elementos e pensamentos, das mais diversas áreas, para o estudo do tema. Dessa forma, por “lentes”, entende-se os autores e teorias que possibilitam enxergar o objeto de estudo, desde um referencial que é, de logo, demonstrado.

² Ludwig Wittgenstein foi um filósofo da linguagem austríaco. Seu pensamento pode ser dividido em duas fases, a do “primeiro Wittgenstein”, na qual os espectros sintáticos e semânticos prevalecem; e a do chamado “segundo Wittgenstein”, na qual a dimensão semântica está envolvida com a dimensão pragmática. O enfoque do trabalho é no pensamento do “segundo Wittgenstein”.

³ As dimensões sintática e semântica da linguagem podem ser representadas, respectivamente, como análise das estruturas de um período e das orações que o compõe, ou seja, a sintática estuda as estruturas formais das coisas e suas possibilidades significativas, a partir de um conjunto de regras, em um determinado contexto, sem, contudo, definir qual o mais adequado ou correto. Já a análise semântica descreve o significado de construções sintáticas válidas, ou seja, passadas pelo crivo sintático, que funcionaria como exame de validade, a sintática descreveria os termos ou proposições, dentro de uma lógica formal.

⁴ A noção pragmática da linguagem tem, no específico desta análise, um significado diferente do usual, que é baseado em uma noção utilitarista de fins em detrimento dos meios, de praticidade visando um objetivo determinado. A pragmática deve ser entendida como a dimensão contextual da linguagem, diferente das anteriores, sintática e semântica que propõe uma tradução do mundo pela linguagem, já a pragmática é a contextualização e suas imbricações situacionais inerentes, ultrapassando a tradução ou decodificação da realidade, uma resignificação, aos moldes da máxima do “eu sou eu e minhas circunstâncias” (ORTEGA Y GASSET, José; MARIAS, Julian. **Meditações do Quixote**. São Paulo: Ibero-Americano, 1967, p. 207).

Mesmo se uma proposição for concebida como uma imagem (Bild) de um possível estado de coisa e é dita para mostrar a possibilidade do estado de coisas, ainda assim, o máximo que uma proposição pode fazer é o que uma pintura, ou um alto relevo ou um filme faz: e assim ela não pode, em caso algum, não estabelecer o que não é o caso. Então, depende inteiramente de nossa gramática o que será chamado (logicamente) possível e o que não poderá, - isto é, o que esta gramática permite?⁵

O trabalho é permeado, seguindo a citação de Wittgenstein, por uma “invasão da filosofia pela linguagem”⁶, operando-se, desde que entendida historicamente, como um elemento no qual o sentido deixa de estar, somente nas coisas (metafísica clássica) ou no pensamento (metafísica moderna), mas sim através da linguagem, possibilitando o processo de compreensão de um determinado fenômeno. Dessa forma, a partir de uma guinada pós-metafísica, “o sentido passa a se dar na e pela linguagem”⁷.

Exposto, portanto, o porquê de se trabalhar a delimitação de conceitos, vale dispor sobre quais as bases metodológicas para se escolher quais elementos são passíveis de designá-lo por “conceitos” e qual a sua estrutura para tanto.

A estrutura metodológica dos conceitos será visualizada a partir da chamada “história dos conceitos”, desenvolvida pelo historiador alemão Reinhart Koselleck. Ressalva-se, no entanto, que não será realizada um desenvolvimento detalhado do conceito de judicialização da política, posto que demandaria outra finalidade ao trabalho que está mais atrelado a relação entre os poderes. Busca-se, aqui, demonstrar como, estruturalmente o método de análise da “história dos conceitos” pode ser utilizada.

Considerando a ressalva proposta, o trabalho faz uso de uma extensão pontual da “história dos conceitos”. Procurar-se-á apontar, em primeiro lugar, a historicidade dos conceitos indicando as exigências metodológicas mínimas que devem ser levadas para sua constituição – evitando respostas idealizadas e perenes.

⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell Publishing, 2001, p. 520.

⁶ STRECK, Lenio. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermeneutica. Unisinos. _____; Rocha, L Severo (orgs), 2005, p. 154.

⁷ Idem.

O destaque no caráter histórico de um conceito é essencial para que não se incorra em um erro comum nas ciências sociais, especialmente no Direito, que se trata da transposição de conceitos (sem contextos) de uma época para outra, construído, assim, estruturas conceituais artificiais.

Não é de outro modo que Villas-Boas, ao fazer referência a Koselleck assevera que:

[...] as palavras que permanecem as mesmas não são, por si só, um indício suficiente da permanência do mesmo conteúdo ou significado por elas designado, decorrendo daí justamente a necessidade de uma abordagem diacrônica que focalize a duração ou transformação dos conceitos. [...]

Assim, a “história dos conceitos” (Begriffsgeschichte) se propõe a estudar as diferenças (ou convergências) entre os conceitos antigos e as atuais categorias do conhecimento usando a semântica como uma ferramenta para investigar, numa perspectiva diacrônica, como eles são criados e como ocorre seu processo de manutenção ou de substituição⁸.

Dessa forma, há que se diferenciar “palavra” e “conceito”, consoante propõe Koselleck, porque não são sinônimos, apesar do “conceito” ser, materialmente⁹, formado por “palavras”.

O conceito, diferente da palavra, é polissêmico, passível de agregação às circunstâncias espaço-temporais (ou ao espectro pragmático da linguagem), carregando as imprecisões de sua pretensão genérica. Dessa diferenciação decorre “que nem toda palavra seja um conceito, pois neste plasmam-se conteúdos os mais diversos que, ao serem por ele abrangidos, outorgam-lhe uma multiplicidade de significados”¹⁰.

Destaca-se, então, que o “significado” e o “significante” de uma palavra podem ser analisados de forma isolada, ou seja, é possível pensar sobre uma palavra, separadamente, tanto no espectro sintático, quanto semântico. Já no conceito, porém, o “significado” e “significante” se entrelaçam, ao tempo a variedade e complexidade da realidade e o percurso histórico se incorpora à possibilidade de

[...] plurissignificação de uma palavra, fazendo com que seu significado só possa ser conservado e compreendido por meio dessa

⁸ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.108, p.651-696, jan/dez, 2013, p. 667. Acesso em 22 de jul. 2017.

⁹ Por “materialmente” entende-se, neste trecho, a condição real, “existencial” ou visual.

¹⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Op. Cit, p. 669.

mesma palavra. Deste modo, uma palavra contém possibilidades de significado, enquanto que um conceito reúne em si diferentes totalidades de sentido.¹¹

Nesse sentido, o conceito doravante trabalhado pode até ser passível de um grau de consenso, mas nunca um consenso total – e sempre um consenso temporal –, sendo polissêmico, já que os conceitos acumulam, na sua própria existência, a pluralidade do percurso histórico¹², incluído as características teóricas e práticas, que só podem ser sintetizadas e postas como tais por meio do próprio conceito.

Assim, um “conceito”, ao contrário de uma “palavra”, não é um mero indicador dos conteúdos por si abarcados, mas funciona, também, como elemento de tais conteúdos. O conceito não só norteia horizontes, mas também atua como fator delineador das teorias e experiências disponíveis e percorridas, permitindo a compreensão de si e do seu entorno, por isso mutável e nunca um fim.

O próprio Koselleck assevera ser “teoricamente errônea toda postura que reduz a história a um fenômeno de linguagem, como se a língua viesse a se constituir na última instância da experiência histórica”¹³. Sendo o conceito, portanto, não só linguístico, mas estrutural em outras esferas, a exemplo da história, da sociologia e do próprio direito.

Os conceitos, assim entendidos, são necessariamente conceitos inseridos em um determinado contexto, articulando-se a este para possibilitar as suas compreensões¹⁴⁻¹⁵.

Devemos partir teoricamente da possibilidade de que em cada uso pragmático da linguagem (Sprachpragmatik), que é sempre

¹¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Op. Cit, p. 669.

¹² Importante ressaltar que o termo percurso não está a ser utilizado como um trajeto linear, com ponto de partida e chegada definidos, antes, trata-se de uma experiência.

¹³ KOSELLECK, Reinhart. **Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten. Frankfurt am Main: Suhrkamp**, 1989. [trad. port. Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 136.

¹⁴ Tal situação remete-nos “à já conhecida objeção de que os significados de um conceito e suas mudanças seriam inapreensíveis se não inscritos em um contexto abrangente, seja a totalidade de um texto, uma série de textos, etc.” (JASMIN, Marcelo Gantus; FERESJÚNIOR, João. (Orgs.) **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006, p. 24).

¹⁵ Essa proposição encontra resistência, sobretudo pelo historiador Quentin Skinner de que a “história dos conceitos” propostas por Koselleck estaria por prejudicar a própria perspectiva histórica diante da mutabilidade de suas propriedades. No entanto, Koselleck responde fazendo uso, não só da semântica – o que preservaria um sentido histórico -, mas também numa perspectiva pragmática, o que justifica a mutabilidade e especificidade de cada conceito. Sobre a crítica ver: JASMIN, Marcelo GANTUS; FERES JÚNIOR, João. Op. Cit. p. 27 – 38.

sincrônico, e relativo a uma situação específica, esteja contida também uma diacronia. Toda sincronia contém sempre uma diacronia presente na semântica, indicando temporalidades diversas que não posso alterar. E aqui se situa o ponto que pode sustentar minha defesa de uma história dos conceitos: ela pode ser escrita, posto que em dada utilização específica (*situative Verwendung*) de um conceito, estão contidas forças diacrônicas sobre quais eu não tenho nenhum poder e que se expressam pela semântica¹⁶.

Essas imbricações de conceitos (históricos), que não se prestam a uma definição categórica, conduzem e tem por efeito, a uma negação ao fetichismo invertido que, a partir de um determinismo organizacional, naturalizaria a organização e os conceitos, no lugar historicizá-los¹⁷.

Diante deste quadro, os conceitos trabalhados estarão sempre a sofrer pressões e, pelas intempéries das forças históricas e sociais, sendo superados ou alterados.

Todo conceito é, pois, específico, temporal e mutável, pois sustentado na perspectiva semântica e, também, pragmática da linguagem.¹⁸ Dessa perspectiva de conceito é que o trabalho inicia o seu percurso compreensivo, com o estudo do conceito essência para entender a relação entre o legislativo e o judiciário na contemporaneidade, ou seja, o estudo do fenômeno da judicialização da política no Brasil.

2.1.2 O recorte temporal e suas advertências

A influência da perspectiva comunicativa – especialmente das teorias da linguagem – está evidenciada no trabalho no que tange, especialmente, as dimensões semânticas e pragmáticas.

Essa escolha, contudo, passa por um reconhecimento dos limites temporais, pois quando se propõe um contexto a analisar, em seu âmago vem um tempo histórico. O espaço (ou contexto) só o é no tempo.

¹⁶ KOSELLECK, Reinhart. Op. Cit. p. 141.

¹⁷ BENSÂID, Daniel. **Le scandale permanent**. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Démocratie, dans quel état?* Paris: La Fabrique, 2009. p. 32.

¹⁸ Um dos exemplos ilustrados por Koselleck e explicado por Villas-Boas, refere-se ao conceito de “burguês”, defendendo uma diacronia contida na sincronia. “homônimo “burguês” [Bürger] é vazio de significado, se não for examinado pela perspectiva da mudança de sentido do conceito: de cidadão ou habitante da cidade [Stadt-Bürger], por volta de 1700, para cidadão do Estado [Staats Bürger] por volta de 1800 e, por fim, para burguês [Bürger], no sentido de não-proletário, por volta de 1900.” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Op. Cit, p. 672).

Ao passo dessa necessidade metodológica há, igualmente, a ficção acadêmica de dividir a história em períodos e pressupor – em regra inconscientemente – que uma determinada situação existe ou deixa de existir naquele ou em outro recorte temporal.

Nesse sentido, especialmente no tocante à judicialização da política, é necessário fixar neste subtópico de advertência, considerando que o recorte do estudo tem por marco temporal a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, de que o período de recorte proposto é meramente ficcional e está atrelada a predominância de características do fenômeno no período e não a inexistência de judicialização da política em outros momentos históricos.

Ao contrário, o recorte não é um divisor da existência da “judicialização da política”, mas um elemento de demarcação de graus, ou seja, da maior abrangência deliberativa do judiciário e sua inserção nas esferas de poder, caracterizando-se o que vem se chamando de fenômeno, o que não exclui o fato dos demais tempos históricos. A divisão ajuda também na própria viabilidade do trabalho.

Assim, a advertência é necessária, pois os “conceitos”, aqui materializado pelo estudo da judicialização da política, por si só, são em tal medida polissêmicos, que representam um vazio de significado, ou seja, não há uma “essência” ou “naturalização” do “conceito”. Rompe-se com o paradigma apriorístico.

Por isso, por mais que os recortes históricos não sejam precisos ou cartesianos, eles se tornam necessários para demonstrar a fluidez e força mutável da história.

2.2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.2.1 Caracterização do fenômeno

Realizada a incursão metodológica conceitual, demarca-se que o fenômeno da judicialização da política, assim entendido, tem prevalência, sobretudo, na segunda metade do século XX, com o recorte espacial na perspectiva ocidental¹⁹, a partir da tendência de prescrever direitos fundamentais nas Constituições e do fomento dos Tribunais Constitucionais.

¹⁹ O estudo tem bases ocidentais e europeias ou americanas, seja pela influência dessas culturas jurídicas no Brasil, seja pela ignorância de outros sistemas jurídicos, especialmente os orientais.

Em consonância com esse sentido, explica Clarissa Tassinari:

[...] a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro²⁰.

Apesar dessa delimitação, faz-se, novamente, a ressalva e o cuidado de não proceder com recortes históricos temporais estanques – tão comuns no campo das pesquisas jurídicas –, por isso, frise-se, que o estudo tem por objeto o fenômeno, compreendido em uma escala macro, de constância da prática e não propriamente da observação de juízes e decisões em concreto.

Não poderia ser diferente, pois em outros períodos históricos já era possível visualizar **ações** de judicialização da política (ou de ativismos judiciário), a exemplo do Juiz Magnaud²¹ na França do século XIX, que proferia decisões que poderiam ser entendidas como “ativistas”, “judicializadoras da política” e também “politizadora da justiça”²².

Outra nota introdutória importante, para não causar confusão e considerando o parágrafo anterior, diz respeito à distinção de “ativismo judicial” e “judicialização da política”, pois, embora exista uma relação entre os dois, são conceitos distintos e sua confusão prejudica a compreensão do estado de coisas estudado.

Sinteticamente, a judicialização da política envolve uma transferência de matérias da arena política (legislativo, executivo e, também, fora das

²⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 31.

²¹ Paul Magnaud, magistrado francês que viveu de 1848 a 1926. Foi presidente do Tribunal Cahtêau-Thierry, tendo se tornado mundialmente conhecido como o “bom juiz Magnaud”, em face de suas decisões contra *legem* e garantidora – e criadora – de direitos. Contudo, ressalte-se que a criação do direito para um “lado” é, ao seu revés, a perda do direito para o “outro lado”.

²² A politização da justiça se diferencia da judicialização da política. São estruturas conceituais diferentes, mas interligadas. Assim, “Embora tratadas como expressões correlatas a judicialização da política e a politização da justiça exprimem conceitos distintos. Esta expressa, ao contrário, em valer-se o judiciário de métodos típicos das disputas e demandas das arenas políticas para resolução dos conflitos que lhe submetidos e nos quais se espera sejam apreciados com os métodos próprios dos meios judiciais, qual seja, em submissão à legalidade e não aos juízos de conveniência e oportunidade que orientam as ações dos atores políticos. Segundo Maciel e Koerner, se na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes (Maciel e Koerner, 2002). Neste sentido, a politização da justiça pode, numa sociedade cordial, implicar na pessoalização da jurisdição.” (DAMASCENO, João Batista. **Judiciário como poder: judicialização da política, politização da justiça e pessoalização da jurisdição**. Rio de Janeiro: UFRJ-IFCS/ PPGCP, 2005. p. 73).

institucionalidades), o que pode envolver (ou não) uma politização da justiça²³, traduzida na interação do direito com a política e considerada estruturalmente, ou seja, não depende de uma “atitude do juiz” individualmente, pois é um fenômeno conjuntural da “sociedade constitucionalista”.

O ativismo judicial, por outro lado, pode ser vislumbrado como uma questão de postura ou modo de agir do judiciário frente a um caso concreto, o ativismo está sempre na decisão, ou seja, na análise da decisão em si, não na estrutura institucional propriamente dita.

O ativismo judicial trata-se, pois de uma postura, associada a uma atuação mais abrangente e forte do Poder Judiciário na concretização dos princípios e fins constitucionais, uma postura pautada em ações judicializadoras da política, mas não na judicialização da política em si.²⁴

Sobre a distinção, Luís Roberto Barroso assevera:

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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico 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.²⁵⁻²⁶

No Brasil, o **fenômeno da judicialização da política, assim compreendido estruturalmente, é mais recente do que na Europa e nos Estados Unidos da**

²³ Conforme anotado – e apesar de não ser o objeto primordial da pesquisa -, o sentido empregado para “politização da justiça”, neste trabalho, está relacionado com a utilização, por parte das instituições do Poder Judiciário, de métodos ou “gramática” que não pertencem, propriamente, ao seu sistema, mas sim comuns e próprios das deliberações e contendas das arenas políticas (em sentido estrito: legislativo e executivo).

²⁴ Explica Barroso que “o oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes” (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.24)

²⁵ Ibidem, p. 31.

²⁶ A citação deste autor é meramente ilustrativa. Ressalte-se que há profunda discordância com as posições (vacilantes) do citado autor. Posições utilitaristas e de conveniência.

América (EUA), e caracterizado por uma tendência de “supremacia judicial” na estruturação dos três poderes constitucionais (executivo, legislativo e judiciário), a partir de um crescimento da participação deste último na vida política, influenciado com a passagem de um regime autoritário para uma experiência democrática e caracterizada por uma “politização”, em maior grau, das decisões (no plural).

Com efeito, considerando o advento da Constituição Federal de 1988, de cunho social e garantidora de direitos, a judicialização da política ganha notoriedade e aparecem as condições para a elaboração da noção de efetivação de direitos aos cidadãos e, em paralelo, de um constitucionalismo democrático, novo, em que é possível verificar uma atuação do judiciário numa perspectiva de supremacia.

Não à toa, por se tratar de fenômeno relativamente recente, a atuação do judiciário encampando uma postura ativista ainda requer uma maior problematização no âmbito dos estudos científicos e uma maior discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição e a relação com outras áreas de estudo.

Ademais, reafirma-se e alerta-se de que essa caracterização está relacionada aos aspectos semânticos e pragmáticos da linguagem, com raiz no chamado “segundo Wittgenstein”.

Ou seja, essa questão linguística é de tal maneira importante, tendo em vista, inclusive, a polissemia do conceito estudado, que a própria expressão “judicialização da política” pode ter a caracterização que lhe foi dada acima, ou seja, uma caracterização relacional da semântica e da pragmática no papel do judiciário, visualizado estruturalmente.

Como também, do outro lado, seria possível caracterizar a mesma expressão “judicialização da política” de uma forma diferente, se o enfoque fosse invertido e passasse a ser o Poder Legislativo. Alterado o espectro pragmático, altera-se a maneira como a semântica é construída, pois o foco histórico da estrutura analisada é deslocado.

Visto dessa forma – o que confirma nossa posição pautada no pensamento do “segundo Wittgenstein” – a “judicialização da política” poderia ser caracterizada como uma maior adoção, pelo legislativo, da tecnologia e mecanismo do judiciário.

Nesse sentido, João Batista Damasceno explica:

Outro sentido de judicialização da política indicado seria a adoção no legislativo de mecanismo próprios da atividade judicial, como os julgamentos por crimes de responsabilidade que se processam perante o Senado Federal (Brasil: 2004), cujo procedimento está delineado na Lei de Responsabilidade (Brasil, 2004), ou ainda pela constituição de Comissões Parlamentares de Inquérito, com poderes próprios das autoridades judiciais.²⁷

Esse outro sentido, embora seja igualmente visualizado no Brasil²⁸, não será objeto de estudo neste trabalho, pois o enfoque estrutural tem por ponto de partida a judicialização desde o Poder Judiciário. Sua transcrição serviu, apenas, de alerta para a importância dos espectros da linguagem destacados no início do capítulo.

Assim, o fenômeno não representa, propriamente, um conceito jurídico. É antes – e aqui antes não deve ser considerado enquanto etapa inicial – uma estrutura conceitual multifacetada, ou seja, trata-se de um conceito que não pode ser explicado, somente, por teorias do Direito, mas, também e principalmente, com a ajuda da história, da sociologia e da linguística. Daí a necessidade de se buscar compreender melhor as discussões acerca do tema.

Multifacetada e mutável, tanto que a sua visualização, da maioria dos teóricos favoráveis ou dos contrários, é baseada na aceitação e na disputa de quem tem a supremacia decisória, a prevalência no debate constitucional, porém, como se poderá compreender no estudo do tópico seguinte (“3”), há uma terceira via, o que implica uma virada teórica e, também, conceitual do fenômeno, por isso, finaliza-se esse tópico ressaltando a mutabilidade do conceito e apresentando um indício conclusivo²⁹.

2.2.2 Linhas gerais

Como dito, o estudo da judicialização da política envolve a compreensão de um fenômeno de múltiplas interfaces, ou seja, trata-se de um fenômeno que, antes de ser jurídico é social e histórico e, por isso, não pode ser entendido – pelo menos

²⁷ DAMASCENO, João Batista. Op. Cit. p. 62.

²⁸ O recente processo, formalmente chamado de “*Impeachment*” e suas diversas etapas da Presidenta Dilma Roussef, bem como o julgamento da possibilidade de admissibilidade da denúncia – por crime comum – do ocupante do atual ocupante da cadeira são exemplos do fenômeno visualizado por esse outro sentido.

²⁹ Sobre o ponto ver as “considerações finais” deste trabalho.

não corretamente – através de uma perspectiva meramente jurídica e intrassistêmica.

A sua análise, pois, para os fins da pesquisa realizada, tem como ponto de partida o reconhecimento de outros sistemas sociais, em especial o histórico e contextual da sociedade em que o fenômeno está inserido, no caso o Brasil, sem descuidar da sua perspectiva global em outros ordenamentos jurídicos.

Visto isto, a judicialização da política pode ser estudada desde a análise de decisões paradigmáticas pelo estudo do contexto de justificação desses julgados; ou por uma análise do arranjo estrutural das instituições de poder, especialmente da arquitetura e relação entre os poderes constitucionais.

A primeira perspectiva, porém, não representa, propriamente, um fenômeno – exceto se estudada em larga escala –, pois decisões judiciais que transbordam, modernamente e no ocidente, o “subsistema político” com o “subsistema jurídico” podem ser observadas desde quando o ato decisório passou a ter a necessidade de fundamentação (ou justificação racional), especialmente na Europa do século XIX.

Os motivos, inclusive, pela não adequação dessa primeira perspectiva ao estudo do fenômeno proposto é mais bem explicado na não identidade da judicialização da política com o ativismo judicial.

Dessas questões exsurgem, primeiro, que o trabalho reconhece a existência do fenômeno em si, especialmente no Brasil, bem como a necessidade de compreender em que termos ele ganhou força, a sua ocorrência e suas consequências no debate “legislativo” e “judiciário”.

O fenômeno da judicialização da política, assim, não é criado no Brasil, muito menos surge (ou nasce) com o advento da Constituição Federal de 1988, ao revés, está inserido em um contexto jurídico pós-positivista³⁰, embora desses marcos espacial e temporal o estudo se limite.

³⁰ Apesar da divergência de nomenclatura “pós-positivista” ou “constitucionalista”, ao longo do texto utilizaremos as duas nomenclaturas. Sobre o tema, veja-se o posicionamento de Manuel Atienza: “Neste sentido, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às outras, porque sugere a idéia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à do positivismo. Porém, de todas as formas, não me parece que seja de todo adequada para referir-se à concepção do Direito na qual se poderia situar autores como Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo. Para referir-se a isto nos últimos tempos se está usando a expressão “constitucionalismo” ou “paradigma constitucionalista”. Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito

Mormente nos países ocidentais – a exemplo do Brasil – o Poder Judiciário passou a ocupar um papel na criação do Direito, ou seja, caracteriza-se como um dos pontos chave da pesquisa entender a função criativa do Direito pelo Poder Judiciário, pois envolve parâmetros de legitimação que não são obtidos *a priori*.

Esse papel criativo, se por um lado não é novo, por outro representa uma quebra do paradigma liberal-positivista de apego a modelos formalistas e de subsunção e necessita, assim, da confirmação de sua legitimação sob, pelo menos, dois vieses, o primeiro da sua qualidade argumentativa e o segundo da sua conformação na arquitetura da divisão dos poderes.

No primeiro viés, ao ocupar esse papel de protagonismo na criação do Direito, o Poder Judiciário, como tal, precisa estar amparada e legitimada dentro dessa ótica, através de uma legitimação “argumentativa” sobre a forma como as questões, principalmente as constitucionais, são decididas.

Salutar, portanto, a explicação de André Rufino Vale, ao tratar da atuação dos tribunais constitucionais:

[...] Tribunais Constitucionais não estabelecem um liame direto de representação com os cidadãos eleitores. Sua legitimidade (representatividade) advém de requisitos de autorização e *accountability* completamente diferenciados daqueles presentes nas concepções tradicionais da representação política, que se originam do plexo de poderes que lhes são conferidos pelas Constituições. O importante a destacar, com isso, é que as Cortes Constitucionais não representam exatamente as pessoas, mas os discursos que são produzidos nas sociedades democráticas contemporâneas (que não podem ser atrelados a pessoas, grupos, instituições específicos), o que faz dessa representação democrática uma espécie de representação discursiva ou argumentativa. Nesse contexto, a tarefa primordial das Cortes Constitucionais é a de produzir discursos que sejam representativos daqueles que ecoam na comunidade, tomando decisões baseadas em argumentos que sejam reconhecidos como

Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis.” (CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (orgs.). **Direito e Argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 37).

razoáveis ou plausíveis e que, dessa forma, sejam amplamente aceitos como legitimamente capazes de justificar essas decisões.³¹

Nesse sentido, diante do estágio anotado, no qual o Poder Judiciário é instado, cada vez mais, a ocupar um papel político e propositivo – não apenas de reparação – no bojo de uma “sociedade constitucionalista” e de relações sociais e institucionais complexas, indaga-se o grau de legitimação para a atuação criativa do Poder Judiciário.

Esse papel criativo demonstra a necessidade – bem como rechaça o pensamento lógico-dedutivo das subsunções – de um agir decisório que não tem possibilidade de ser objetivo, porque reforça e traz à baila a função do juiz que é, necessariamente e também, interpretativa e, quando se interpreta até nos mais simples textos, invariavelmente, têm-se decisões políticas, pois a interpretação parte de um processo de escolha³².

Dessa impossibilidade de uma atuação meramente de subsunção e da impotência objetivista frente à interpretação, o sistema jurídica precisa – com a influência e questionamento dos sistemas econômicos e políticos – produzir mecanismos de previsibilidade e controle dessa ação interpretativa.

Já no segundo viés, é necessário compreender a legitimação do judiciário dentro da relação dos outros poderes e da engenharia constitucionais dessa divisão.

Dessa compreensão, a atividade judicial nas matérias constitucionais, principalmente nas polêmicas, não é analisada pelo acerto ou desacerto da decisão, mas como a deliberação dialoga com os demais poderes e como ocorre a sua aceitação. Este será o viés principal para a relação “legislativo e judiciário”.

2.2.3 Condições para o florescimento do fenômeno

³¹ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. 2015. 415 f., In.Tese (Doutorado em Direito).Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 57.

³² Diversos filósofos do direito entendem, nesse sentido, a interpretação para a decisão como um ato de escolha (ou vontade). Ilustrativamente, cita-se trecho Hans Kelsen, ratificando esta posição valorativa (e de escolhas) do processo de decisão: Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. – 7. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 391).

As coisas não costumam surgir de forma descontextualizada, tal como uma abiogênese³³. Pelo contrário, o fenômeno só surge inserido em fatores que o possibilitam.

No caso da judicialização da política no Brasil, sua expressão enquanto fenômeno está relacionada a três ordens principais de causa: a) política; b) constitucional; e c) judicialização das relações sociais e urbanização da população. São ordens reduzidas, mas que permitem uma boa visualização do quadro trabalhado.

As três ordens de causa são, na verdade, condições contextuais, que permitem e delimitam o sentido do fenômeno.

a) A ordem de causa **política**³⁴ do fenômeno requer o entendimento, primeiro, da estrutura política do contexto onde o fenômeno nasce. No recorte brasileiro: o processo de redemocratização do país. Aliás, a judicialização da política só pode ser compreendida, ou mesmo visualizada, nos termos aqui proposto, no ambiente de democracia.

O contexto da judicialização da política é a democracia, esta última entendida dentro do paradigma liberal e capitalista. O ambiente democrático e seu fortalecimento como sistema político dominante, com pluralidade de sujeitos e grupos ideológicos nas estruturas de Poder, é condição de existência do fenômeno como o conhecemos.

Essa pluralidade³⁵ do sistema político nas democracias é elemento chave na caracterização do fenômeno no Brasil, pois as regras e direitos positivados na Constituição são fruto dessas pressões políticas de determinados grupos de

³³ Pode ser entendida como “geração espontânea”.

³⁴ A divisão é inspirada no pensamento de Luís Roberto Barroso. Partindo de igual entendimento, mas com outra – e otimista – perspectiva conceitual: “A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil.” (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit, p. 24).

³⁵ A pluralidade deve ser exposta com ressalva. Há pluralidade dentro do sistema capitalista, conformado pela infraestrutura. Contra essas estruturas, as forças políticas de rupturas têm, apenas, possibilitado uma pluralidade “formal”.

interesse e, com esteio nesse movimento, permite-se um “cardápio” imenso de promessas ideológicas.

Assim, quanto mais amplo essa pluralidade de forças disputando os poderes políticos institucionais aumenta-se a probabilidade do Poder Judiciário intervir, seja para decidir sobre as regras do jogo, seja para, principalmente, atuar no controle de constitucionalidade diante dessas atividades político-legiferante, na busca de um consenso mínimo.

Outro fator interessante, característico das democracias e com amplos reflexos no estudo em questão está relacionado ao chamado seguro eleitoral proposta por Tom Ginsburg, que

[...] explica justamente essa relação, ao afirmar que a democracia aumenta a incerteza eleitoral, fazendo com que os grupos políticos fiquem temerosos de perder as futuras eleições e passem a fortalecer e a estimular a constitucionalização, objetivando a imposição de limites materiais ao poder do grupo vitorioso e a evitar que as eleições se tornem um jogo em que o vencedor leva tudo.³⁶

Essa relação política (em especial democrática) e a judicialização da política levam, principalmente em países de forte difusão do poder político e de grupos de interesse, a exemplo do Brasil dos grupos religiosos (evangélicos, católicos, umbandistas), dos grupos econômicos (empresários e ruralistas), dos grupos sindicalistas e dos grupos LGBTs³⁷ – para ficar nestes –, instam uma atuação do Poder Judiciário para intervir nas questões sem consenso na coalisão dessas forças.

A atuação do Judiciário, entretanto, precisa ser analisada sempre criticamente (para concordar ou discordar), sem ingenuidades ou interesses meramente utilitários, já que a aceitação dessa transferência de decisão sobre um consenso político mínimo é um ponto que envolve todo o arranjo dos poderes constitucionais.

Dessa forma, democracia é, pois, uma condição do florescimento da judicialização da política³⁸, é nesse contexto que o fenômeno é passível da compreensão que propomos. Tanto é que, o processo de redemocratização brasileiro coincide com o início do florescimento fenômeno no país, especialmente

³⁶ FAUTH, Matheus de Andrade. **A judicialização da política no Brasil : uma análise do fenômeno à luz da integridade**. – Salvador: [s.n], 2013. 124 f.: Il. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013, p. 51.

³⁷ Sigla para Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais.

³⁸ Em outros modelos políticos (aristocracia, ditaduras e etc) é possível visualizar a judicialização da política, porém de forma não estrutural, mas sim de exceção.

porque o movimento de redemocratização desaguou na Constituição Federal de 1988.

b) A ordem de causa **constitucional** está em relação inseparável de diálogo com a questão política. Esta condição insere-se no destaque que ganham as constituições, um destaque não mais meramente de validade do sistema jurídico ou como carta de organização geral do Estado.

As constituições da segunda metade do século XX, sobretudo nos países de desenvolvimento tardio, trazem elementos de inserção nas esferas pessoais, em um processo de garantia coletiva desde normas de cunho privado.

Diferente do período oitocentista, não se trata da mera garantia do direito individual como uma atitude omissiva do poder público nas prerrogativas e liberdades do cidadão. Ainda existe a manutenção dessa perspectiva também, mas agora as constituições advogam um tom prospectivo, positivam-se direitos sem eficácia como “promessas a serem cumpridas”, em um movimento que está atrelado à dinâmica dos grupos de interesses citados acima.

Essa posição, inclusive, se coaduna com o que Marcelo Neves denomina de constitucionalização simbólica em seu sentido negativo:

[...] o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada. Parte-se aqui do pressuposto metódica jurídica normativa-estruturante (Müller) de que ‘do texto normativo mesmo – ao contrário da opinião dominante – não resulta nenhuma normatividade’.³⁹

A positivação prospectiva redundando na busca do judiciário para a sua efetivação, diante da inércia de seu cumprimento por outros poderes. Este quadro não é realizado de forma inconsciente no acordo dos grupos de pressão e interesse, pois da positivação para a efetivação de um direito constitucional há um caminho longo muitas vezes fadado ao insucesso e ineficácia.

No jogo de coalização dos grupos de poder, ceder a positivação de um determinado direito parece ser um prejuízo menor, principalmente quando se tem como saída direta mais “confortável”, o judiciário. Mas é aqui que está, possivelmente, um dos pontos centrais da questão.

³⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 91.

O recurso ao poder Judiciário demanda tempo – e o tempo processual na maioria das vezes, e especialmente no Brasil, não costuma ser célere –, além disso, o Poder Judiciário tem uma estrutura, que lhe é constitutiva de hierarquia e graus, em paralelo às garantias individuais de seus membros, garantias que, estruturalmente, estão direta ou indiretamente conformadas pela sua estrutura.

A estrutura, ainda, abarca as formas de ingresso, formação e promoção dos seus membros. Trata-se, pois, de um Poder que é, em regra, composto por pessoas pertencentes a uma determinada classe social, que se não for elite econômica, aspira em ser ou se identifica em ser. Assim, como esperar, dessa estrutura, posições necessariamente contramajoritárias?

Acreditar na independência funcional – conferida constitucionalmente – sem atentar para outros fatores da pragmática parece uma visão ingênua da situação.

Não se está, contudo, negando a possibilidade e até a existência de decisões não conservadoras e contramajoritárias, mas, pela sua estrutura rapidamente desenhada nas linhas acima, o judiciário está mais propenso à manutenção da “ordem”, que é a ordem majoritária, especialmente econômica, do que a sua contraposição.

Deste quadro, típico no Brasil com sua constituição analítica e dirigente, situamos o debate constitucionalista, especialmente do chamado neoconstitucionalismo.

Consoante explica Amélia Rossi o neoconstitucionalismo é, na realidade,

[...] resultado da convergência dessas duas grandes tradições constitucionais que se desenvolveram isoladas, a norte-americana e a europeia. Da primeira, é herdeiro da garantia jurisdicional ante uma certa desconfiança em relação ao legislador; da segunda, herda um forte conteúdo normativo que supera o necessário para uma organização do poder por meio da definição das regras do jogo.⁴⁰

Acrescentamos ao pensamento que, além de uma desconfiança em relação ao poder legislativo há, também, uma desconfiança ao poder executivo e sua capacidade em concentrar atribuições, tanto que essa concentração resultou em terríveis experiências históricas de autoritarismos nas quais o poder legislativo

⁴⁰ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. 2011. 212 f., In. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 153.

passou a ser uma base de confirmação dos atos do primeiro; desconfia-se, ainda da capacidade de efetivação das tarefas e direitos, além do risco de pessoalização desse processo.

Essa desconfiança, aliás, tem reflexos no processo de colonização da constituição em matérias até então reservadas a outros âmbitos institucionais, a exemplo das leis ordinárias. Revela-se um processo no qual a constituição adentra o horizonte de outros ramos do direito, sendo comum se falar em constitucionalização do direito civil, constitucionalização do direito tributário e etc.

Esse processo implica na possibilidade e necessidade do uso de conexões de conceitos amplos e carecedores de preenchimento interpretativo⁴¹. A técnica constitucional, portanto, privilegia cláusulas gerais nas quais o aplicador (e interprete) precisa, com recurso nos mais variados elementos, preenchê-los de sentido.

No específico deste ponto, ademais, cabe uma explicação para se evitar confusões terminológicas, porque, por “cláusula geral” se entende como uma técnica redacional legislativa. Dessa técnica podemos citar (sem confundi-las) as chamadas “pautas carecedoras de preenchimento”, ou seja, que permitem uma maior visibilidade de elementos submetidos mais fortemente a um tratamento tipológico e axiológico⁴².

⁴¹ Todo “texto” é carecedor de interpretação, mas no processo de neoconstitucionalismo, em razão das aberturas terminológicas veiculadas especialmente nos princípios o empreendimento interpretativo se torna mais visível e mais influente.

⁴² Cláusula geral e pautas carecidas de preenchimentos não são equivalentes, ainda que eu possa ter uma combinação entre ambas. Sobre essa distinção, Maurício Requião pontua que “embora conceitos indeterminados e cláusulas gerais se situem em planos diversos, dada a sua similitude de objetivos, é natural que se encontrem juntas na formulação de uma norma. O uso de conceitos indeterminados se apresenta como um recurso bastante útil para a formulação das cláusulas gerais. A estrutura lingüística vaga daqueles favorece a construção de normas que se estruturam legislativamente como cláusulas gerais.” [...] “Uma das características dos conceitos indeterminados, conforme já assinalado, é que eles são formados por palavras ou expressões que, por sua vagueza, permitem que uma determinada norma abranja um maior número de casos. Nas cláusulas gerais também há a busca por uma norma que abarque um maior número de situações, mas isto se dá não necessariamente porque ela contenha na sua estrutura conceitos indeterminados, mas sim por possuir uma estrutura normativa mais geral, em oposição àquela que encontramos na técnica legislativa da casuística.” (SANT'ANA, Maurício Requião de. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito da Ufba, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10792/1/MauricioSantana.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017).

Essa abertura para o preenchimento é fomentada pelo neoconstitucionalismo, que acaba por fazer a conversão dos valores mais variados e as opções políticas dos grupos de interesse em normas jurídicas, conferindo-lhes força normativa. Esta conversão, porém, acarreta no chamamento do Poder Judiciário para intervir nas contendas ou omissões referentes a esse novo panorama.

O chamamento do Judiciário é potencializado, nessa perspectiva de constitucionalização dos demais ramos do direito e das próprias relações privadas, através do desígnio de “guardião da constituição”.

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.⁴³

Este desígnio de “guardião”, considerado abertamente como garantia e proteção tem, na verdade, complicadores sociais e institucionais relevantes – assim como na apregoada e exaltada função “contramajoritária” do Poder Judiciário.

Pensar o judiciário dessa forma problematiza o amadurecimento institucional e constitucional dos demais poderes, pois a defesa da Constituição seria conferida a um “guardião”⁴⁴.

Mas toda defesa é contra algo ou contra alguém, assim, continuar a propagar o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF) como “protetor”, permite que o cargo de agressor da Constituição possa ser, livremente, experimentado pelos demais poderes, principalmente o legislativo, já que há o comodismo da existência de um “guardião”.

Nesse sentido, Conrado Hubner Mendes assevera:

A constituição, assim, passa a ter um único centro de gravidade, um único guardião. Os outros atores políticos vão testando impunemente os seus limites. Nenhuma condenação moral recai sobre eles porque, afinal, não têm a responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Deferem, comodamente, o escrutínio constitucional ao tribunal e

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit, p. 31.

⁴⁴ Diferente de Barroso, que cita o controle de constitucionalidade como uma causa para a judicialização da política, incluímos a questão do controle de constitucionalidade no âmbito da ordem de causa constituição.

abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero.⁴⁵

Outros fatores podem, ainda, ser citados como o modelo de controle de constitucionalidade no país, principalmente pelo dualismo: maior competência da corte constitucional e abrangência dos legitimados para fazer a propositura da respectiva ação.

No primeiro caso, existe uma proporcionalidade de quanto maior for o quadro de atos passíveis de impugnação no controle de constitucionalidade, maior, também, será o estímulo à judicialização.

Já no segundo, o rol maior de legitimados também influi nesse sentido, pois em linhas gerais aumenta a possibilidade de acesso de atores e grupos de interesses e, por consequência, o deslocamento de questões políticas para o judiciário, como um novo *front* de batalha e um prolongamento da arena política⁴⁶.

O contexto constitucional, em especial do novo constitucionalismo, como delineado acima, influi, condiciona e possibilita o fenômeno estudado. Assim como a questão política e seu estado democrático, a influência da Constituição na judicialização não pode ser compreendida em si mesmo, necessitando, ambas, do diálogo com o contexto econômico e social.

c) A ordem de causa da **judicialização das relações sociais e urbanização da população brasileira** representa o estudo desse contexto econômico e social.

O fenômeno está inserido em um contexto ainda maior, de uma expansão do Judiciário e da necessidade de sua chancela para as diversas áreas sociais, com o que se tem chamado de judicialização das relações sociais, não apenas da política.

Assim, essa relação de pertencimento e inserção é caracterizada pela submissão ao Poder Judiciário de questões até então afetas a outros meios, sobretudo por poderes tradicionais que, não necessariamente são institucionais.

A invasão do Direito no mundo contemporâneo não tem limitado às suas repercussões no âmbito dos poderes republicanos e à esfera

⁴⁵ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Acesso em: 2017-07-15, p. 5.

⁴⁶ Nesse sentido, Rodrigo Brandão diz que o judiciário passa a ser “uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas.” (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 78).

propriamente política [...]. Ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais e responsáveis. Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, também no que concerne a novíssimas dimensões da experiência social [...] o Direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.⁴⁷

Essa fragilização da capacidade dos poderes tradicionais⁴⁸, em especial o familiar, na resolução dos diferentes conflitos da vida tem acarretado uma procura ao poder judiciário, em um fenômeno que é potencializado com uma política institucional de acesso à justiça⁴⁹.

Trata-se, então, de uma postura dúplice que resulta na expansividade do Poder Judiciário nas relações sociais, pois, ao passo que a população tem procurado essa esfera para a resolução dos conflitos e a legitimação de suas demandas, n'outro giro a estrutura judiciário cria mecanismos institucionais para o seu atendimento – o que, em si, não é um problema, ressalte-se.

João Batista Damasceno arremata que:

A judicialização das relações sociais, como expressão da crise do poder tradicional e dos seus mecanismos de compor os conflitos de interesse e a expansão do Poder Judiciário determinado pela sua descoberta como agente intermediador na solução de conflitos para os quais antes não era chamado. Tal fato se relaciona com a desregulamentação do Estado, no seu papel de formulador e implementador de políticas públicas, aliado à urbanização verificada na sociedade brasileira nos últimos 60 anos.⁵⁰

Ao fim e ao cabo, essa judicialização das relações sociais pode ser atrelada, também, a uma questão geográfica no que concerne ao processo urbanização da sociedade brasileira, intensificado a partir da segunda metade do século XX, que coincide com o processo de industrialização no país, sobretudo na região sudeste.

⁴⁷ WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p 149.

⁴⁸ Além dos poderes tradicionais, podemos citar, também, o crescimento de uma crença de fragilização dos demais poderes institucionais, por meio de certa desilusão com a política majoritária, em virtude da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos e dos chefes do executivo que na contemporaneidade é alargada com os escândalos de corrupção publicizados, mais fortemente, nessas esferas.

⁴⁹ Um exemplo dessa política institucional foi a criação dos juizados especial através da Lei 9.099/1995 que, entre outras questões, facilitou o acesso ao judiciário com o não pagamento inicial de custas e a possibilidade de postulação sem a representação técnica de um advogado.

⁵⁰ DAMASCENO, João Batista. Op. Cit, p. 73.

O processo de urbanização, no entanto, não representa, apenas, uma mudança de *locus*, mas também uma mudança da estrutura de vida, da ressignificação do tempo e do espaço, principalmente, da facilidade de comunicação e informação.

E é dessa maior facilidade de comunicação e informação, vinculada à difusão de meios de comunicação de massa e do acesso da população – que se potencializa no meio urbano – a esses meios.

Neste quadrante, fica mais fácil compreender que a procura ao judiciário vem, também, de uma relação “compreensão e conhecimento” da população sobre os seus direitos, pois, considerando o quadro de constitucionalização da vida exposto acima, a atuação do judiciário passa a ser objeto de notícia e, pois, de informação, porque está a abarcar diversas esferas da vida em sociedade.

Assim, a constituição, as legislações, os juízes, os tribunais e suas decisões começam a ocupar espaço nos meios de comunicação e nas preocupações do cidadão. Com efeito, esse contexto que é mais global e geral que a judicialização da política permeia o florescimento do objeto de estudo da monografia.

Após a exposição sobre as três ordens de causa, acrescente-se, por fim que, apesar da divisão didática e textual, as ordens de causa política e constitucional estão imbricadas, tanto que, a não ser por uma questão de estrutura textual e de didática explicativa, não se pode falar de uma ordem contextual sem referenciar a outra e vice-versa.

Outras ordens de causa também poderiam ser abordadas⁵¹, contudo, essas condições demonstram-se, em se tratando do Brasil, como os principais fatores que permitiram o florescimento do fenômeno e tem permitido a sua existência com suas diversas nuances e disfuncionalidades, comum a uma sociedade complexa, no qual o direito, na sua relação com a política, cumpre uma função de memória comunicativa.

É um fenômeno, portanto, que extrapola a dependência da vontade do órgão julgante, derivado, principalmente, de fatores que lhe são alheios, que possuem

⁵¹ A questão da separação dos poderes poderia ser abordada como uma condição ou ordem de causa para a judicialização da política, a partir de uma perspectiva funcional, porém, diante da sua relevância na arquitetura institucional brasileira, a temática será trabalhada em tópico separado.

seu ponto de partida em um maior reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e acarretam no aumento dos conflitos – característica da sociedade de massas.

2.2.4 A responsabilidade político-argumentativa do judiciário

Descortinado que o fenômeno da judicialização da política está, inicialmente, no plano dos fatos e ocorre socialmente, é necessário destacar alguns pontos para entendê-lo, o que não significa aceitá-lo nos termos em que está assentado. Assim, exsurge o debate se o direito é, na verdade, política e, depois de realizado essa incursão, o debate sobre a responsabilidade (política) do judiciário.

Comumente, a chamada teoria crítica do direito⁵²⁻⁵³ que, pautada numa visão marxista – transplantada sem adaptações à esquadra jurídica – lança a assertiva que o direito é política, abarcando-o na superestrutura. Concorde-se com a classificação do direito e da política no quadrante da superestrutura, entretanto não é aceitável a redução do direito à política, como se aquele fosse este.

Não se nega, é bom que se diga, a influência mútua entre política e o direito, tanto que desde o início do trabalho, essas esferas são trabalhadas como subsistemas sociais que, apesar de possuírem uma linguagem e estruturas tecnológicas e comunicativas próprias, estão passíveis de interligações e

⁵² A expressão Teoria Crítica do Direito surge com a Escola de Frankfurt e tem por paradigma final a visão de crítica para Marx, assim, a crítica seria o elemento que está em todo o processo de conhecimento, em um panorama de questionamento e desconfiança. Assim, nessa visão marxista, “a Crítica vem a ser o elemento constituinte do método e da teoria crítica que se unem com o objetivo político e social a ser alcançado.” (FREITAG, Bárbara. **A Teoria Crítica: Ontem e Hoje**. 3. ed. São Paulo, 1990, p. 48). Por outro lado, a crítica numa visão kantiana tudo deve passar, a todo o momento, pelo crivo da crítica, inclusive as nossas conclusões, nesse ponto, inclusive, as duas visões entram em choque, pois a crítica, na visão marxista, descuida das suas conclusões e torna-se uma crítica militante.

⁵³ O uso da expressão teoria crítica no Brasil está, na verdade e quase que somente, relacionada a teorias insurgentes, anti-hegemônicas e de tez marxista, ou que se propõem, no mínimo, a ser pós-marxista, como assevera. No Brasil, a ideia de teoria crítica ganhou essa conotação, da crítica enquanto crítica militante. Neste trabalho, no entanto, sem requerer a pretensão de neutralidade, a postura crítica é adotada como uma “desconfiança mútua”, pois, cientificamente, uma teoria crítica deveria deitar em bases gerais de análise ampla de questionamento de todos os fenômenos estudados, não apenas a partir de uma determinada estrutura conceitual e descuido das suas conclusões. Ou seja, neste específico, remonta-se ao criticismo kantiano. Ver: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Col. Os Pensadores).

confluências e possuem, na prática, uma linha tênue. Ou seja, atrelada a noção de constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, diria Luhmann⁵⁴.

Essa explicação breve e prévia serve com uma alerta e um adendo ao título do tópico, pois a anunciação de uma responsabilidade política do judiciário pode levar, em uma leitura desatenta, a confusão de que o juiz deve ter por parâmetro a política e os seus argumentos seriam de macroconsequência ou de adoção, na sua decisão, de um modelo de desenvolvimento social ideológico “A” ou “B”, conforme a sua consciência ou o governo.

Ao contrário, quando afirmamos a existência de uma responsabilidade política do juiz, atrelamo-la ao dever argumentativo do judiciário, porque entendemos que a responsabilidade política do juiz é uma responsabilidade pautada no dever de argumentação – sem adentrar, contudo, numa politização do argumento, que estaria relacionada a tal politização da justiça, mas numa exigência política de fundamentação das decisões.

Essa responsabilidade é política, pois a argumentação é o principal fator de legitimação do judiciário enquanto Poder, estando pautada na própria estrutura constitucional. A responsabilidade política, porém, não exclui nem se confunde com a responsabilidade jurídica⁵⁵ (ou de outras ordens) dos agentes decisórios do judiciário.

Por responsabilidade política entendemos a necessidade de um lastro de legitimação na atuação do judiciário como Poder. Esse lastro é o dever de argumentação jurídica, uma argumentação racional, transparente que seja passível

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboços de uma teoria geral**. São Paulo: Vozes. 1 ed. 2016.

⁵⁵ Sobre a responsabilidade jurídica, Mauro Cappelletti propõe uma tipologia de responsabilidade do judiciário. Não adotamos esse modelo de classificação, porém, é possível extrair, no que tange a responsabilidade jurídica, uma definição que pode ser emprestada a este trabalho, embora se consigne a discordância com o vocábulo “social” para designar o gênero da responsabilidade jurídica. Assim, “a responsabilidade social, perante organismos ou grupos sociais determinados, de que é exemplo o “recall”, previsto em alguns Estados americanos, e como acontecia na União Soviética, onde os soviéticos, para os juízes dos tribunais superiores, ou as coletividades locais votavam a remoção do juiz que infringira dever profissional; a responsabilidade jurídica do Estado (substitutiva), exclusiva ou concorrente com a responsabilidade pessoal do juiz; a responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, que pode ser penal, civil ou disciplinar.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989).

do mapeamento do processo de fundamentação e do resultado final da decisão – que é, em seu todo, um processo interpretativo⁵⁶.

Assim, baseia-se aqui que o direito é eminente um processo interpretativo-argumentativo, solapando as pretensões objetivistas e de subsunção do judiciário, bem como a possibilidade de um flanco amplo de solipsismo, ou seja, da decisão conforme a consciência do agente.

Nesse interim, não se pode embaraçar o dever de argumentação do juiz em suas decisões – onde deve estar a responsabilidade política⁵⁷ – com a tomada de decisões fundamentadas baseada em políticas públicas de governo, que são feitas à margem da Constituição ou a usam como mero ornamento do discurso.

A impotência objetivista retratada não pode significar, contudo, em descontrole do agir interpretativo dos agentes decisórios do Poder Judiciário, por isso a necessidade de compreender, desde uma filosofia da linguagem, uma consciência do papel eminentemente argumentativo do juiz.

O trabalho, porém, ao chegar a este ponto, novamente, faz um alerta já prevendo uma possível crítica a essa postura de enxergar, desde a argumentação jurídica, a responsabilidade política do judiciário.

A teoria da argumentação jurídica é intentada a, em grande medida, oferecer estruturas de argumentação racional, algo de normativo, no sentido propositivo, para ajudar na “leitura” dos padrões (ou ausência deles) do desenvolvimento e “qualidade” argumentativa.

A perspectiva pode causar estranheza, pois, se o processo decisório é, em sua totalidade, um processo de interpretação, o juiz pode argumentar ao seu modo e estará cumprindo a sua responsabilidade política. Essa visão é limitada e afoita.

A argumentação é o espaço de rastreamento de todo o seu processo de decisão, é o *fió de Ariadne*⁵⁸ pelo qual a estrutura do judiciário pode, internamente,

⁵⁶ Sobre a questão da interpretação na decisão ver tópico 2.2.4.

⁵⁷ É no espaço da justificação que se possibilita o controle externo e, dessa forma, a legitimação do Poder Judiciário na sua atuação.

⁵⁸ Expressão que remete à Grécia Antiga e é usado para descrever a resolução de um problema, ou melhor, o caminho verificável para a resolução de um problema. Na mitologia grega foi uma bela e desventurosa princesa que se apaixonou por Teseu, lendário herói grego, filho de Egeu, rei de Atenas, e o ajudou a destruir meio irmão, o monstruoso Minotauro. Filha de Pasífae e de Minos, rei de Creta, e tinha um meio irmão monstruoso, Minotauro, cabeça de touro e corpo de homem, filho de

realizar o seu controle, bem como, externamente, o controle social (sejam as partes numa visão individual, ou os demais poderes constitucionais) podem rechaçá-lo, como trataremos mais a frente do contra-ataque do legislativo.

O acesso à fundamentação permite e cria uma estabilidade e um grau de confiabilidade, porque, as argumentações, levando em conta os assim chamados fatores de estabilização⁵⁹⁻⁶⁰, tendem a uma coerência mínima na maior parte dos

Pasífae com um touro branco. A besta, que habitava o labirinto sob o castelo de seu pai, todos os anos recebia 7 rapazes e 7 moças de Atenas, como sacrifício. Um ano o jovem herói apresentou-se ao pai para fazer parte do grupo a ser sacrificado e matar a fera. A dificuldade maior não era o confronto com a besta, e sim achar o caminho de volta, para fora do labirinto. Conta-se que o labirinto era tão complexo que Daedelus, o arquiteto que o construiu, morreu ao não conseguir encontrar a saída. A princesa apaixonou-se por herói grego e recebeu que este morresse no labirinto, não conseguindo encontrar a saída. Teseu prometeu casar com ela e, então, ela presenteou seu amado com um carretel de barbante e com a única espada capaz de matar o monstro. Teseu entrou no labirinto e a medida que caminhava e soltando o fio, para achar a saída do labirinto após matar o Minotauro. Cumprida a sua missão, ambos partiram de barco, mas este, ingratamente, abandonou-a à própria sorte na ilha de Naxos. O destino posterior da princesa é objeto de versões divergentes. Numa delas conta-se que, desesperada, atirou-se ao mar, procurando a morte, porém foi salva pelo deus grego Baco, que segurou-a em seus braços e imediatamente se apaixonou por ela. Com a bela princesa teve vários filhos e, depois que ela morreu, colocou-a no céu em forma de uma coroa de estrelas, como lembrança do seu amor. E assim ficou conhecida com a imortal esposa do deus Dionísio. (**LENDA de Ariadne na Mitologia da Grécia Antiga**. 2010. Disponível em: <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/MGAriadn.html>>. Acesso em: 12 ago. 2017).

⁵⁹ Os fatores de estabilização são aqui utilizados como reforço na construção da tese. Os fatores levam em conta a posição do juiz no sistema, mas nosso estudo tem por escopo a estrutura do judiciário. Entretanto, como parte de um todo, os assim chamados fatores de estabilização, reforçam a tese defendida.

⁶⁰ Proposta teórica formulada pelo jurista norte-americano por Llewellyn. Essa construção teórica, embora esteja vinculada a outra problemática, pode ser adaptada ao contexto aqui defendido de uma responsabilidade política do juiz, uma responsabilidade da argumentação. Ilustrativamente, sobre os fatores de estabilização propostos por Llewellyn, Daniel Oitaven Pamponet Miguel assevera: “O primeiro “steadying factor” é chamado por Llewellyn (1960, p. 19) de “Lawconditioned officials” e diz respeito à experiência no trato com o direito que os membros de um tribunal desenvolvem ao longo de sua trajetória profissional. [...] O segundo fator de estabilização é a “legal doctrine”, a qual: em situações que não geram maiores dúvidas, controla a decisão; em situações que geram dúvidas, guia a decisão; e em situações significativamente problemáticas, deve ser tomada em conta pelas decisões, as quais devem estar em moderada consonância com ao menos parte de sua linguagem e espírito. [...] O quarto fator de estabilização, “responsibility for justice”, é o sentimento do magistrado de que sua resposta precisa ser justa, ainda que o sentido dessa justiça seja variável dependendo do problema ou do juiz. [...] O quinto “steadying factor” é chamado de “one single right answer” e refere-se à antiga ideologia de que existe uma única resposta para um problema jurídico. [...] O sexto fator de estabilização é “an opinion of the court”. As decisões são submetidas à pressão para que se siga uma posição já manifestada por um tribunal nas razões decisórias, algo que, inclusive, contribui para que a parte derrotada reconheça que a decisão lhe tratou com a devida consideração. [...] O sétimo “steadying factor” é chamado pelo autor de “a frozen record from below” e refere-se à ideia de que um tribunal não pode apreciar novos fatos, mas apenas aqueles elementos probatórios colhidos em primeira instância [...] O oitavo fator de estabilização é chamado de “issues limited, sharpened, and phrased in advance” e refere-se à pré-determinação da decisão pela “legal doctrine”, pelos procedimentos, pelos textos legais, pela experiência dos próprios juristas e pelos precedentes. [...] O nono “steadying factor”, “adversary argument by counsel”, diz respeito ao papel da troca de argumentos entre as partes na fixação dos elementos fundamentais a serem considerados pelo tribunal ao decidir. [...] O décimo fator é chamado de “group decision” e refere-se ao fato de que a necessidade de se tomar uma decisão em colegiado tende a gerar uma perspectiva mais ampla e

casos, no que se pode dizer que argumentos tomados à revelia do sistema jurídico seriam repelidos pela própria estrutura interna do Poder.

Por isso, exigir uma responsabilidade política na argumentação das decisões é, nessa medida, garantir o cumprimento da constituição e repelir uma atuação do judiciário baseada na consecução de vontades pessoais ou de vontades de políticas públicas.

A responsabilidade política ocorre da argumentação jurídica e não na argumentação jurídica. Trata-se aqui de uma explicitação que se espera que já esteja clara neste subtópico, para evitar que a tese de crítica à atuação do judiciário em argumentos de política (no sentido de macroconsequência) em avanço sobre outras esferas de Poder⁶¹, uma postura típica do sedutor paradigma utilitarista.

Caso contrario, se considerada a legitimidade e responsabilidade política da atuação decisória do judiciário na argumentação, o resultado seria – como infelizmente tem ocorrido – na dependência do judiciário para legitimar assuntos de estrutura política e, por conseguinte, na ideia de um Estado “super-jurídico”. Nesta hipótese, a judicialização da política ganharia feição muito mais perigosa de uma “politização da justiça”⁶².

No quadro em que o deslocamento do polo de tensão do Executivo e legislativo para o Judiciário, fomentado pelo neoconstitucionalismo vigente, ganha contornos dramáticos, o próprio judiciário deve realizar sua autocontenção, que deve

menos extremista do que uma decisão tomada por um único indivíduo. [...] O décimo-primeiro fator, “judicial security and honesty”, está vinculado às garantias institucionais de independência dos magistrados. [...] O décimo-segundo fator, denominado “a known bench”, concerne ao peso da sedimentação das posições de um dado tribunal nos casos posteriores. [...] O penúltimo “steadying factor”, “the general period-style and its promise”, consiste na “maneira geral e difusa por todo o país, em uma dada época, de compreender a profissão, a perspectiva geral, o know-how, o tipo de coisas às quais os homens do direito são sensíveis e pelas quais lutam, o tom, o sabor e o aroma do trabalho e de seus resultados” [...] O último e mais importante fator de estabilização, chamado de “professional judicial office”, é referente à autocompreensão do juiz quanto ao caráter de imparcialidade e retidão intrínseco a sua atividade profissional.” (OITAVEN, Daniel. **A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos: as aporias vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranóia mútua entre autopoiese e desconstrução**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016, p, 125-133)

⁶¹ Não estamos afirmando que as decisões do judiciário não carregam cargas políticas, mas o foco de preocupação é quando a política, no sentido de fundamentos de macroconsequencia que poderiam ser tratados de forma adequada noutros espaço. Aqui se encontra o ponto de preocupação.

⁶² “O termo politização da justiça, ou seja, o Poder Judiciário passa a funcionar com discricionariedade que é própria das decisões políticas e que Victor Nunes Leal ressaltou como um terreno propício ao abuso de poder.” (DAMASCENO, João Batista. Op. Cit, p. 152).

ser feita no âmbito da argumentação jurídica, bem como os demais poderes e a sociedade, com vistas na argumentação, devem realizar esse controle externamente.

Novamente e diante do exposto, o subtópico abre mais um indício conclusivo, pois, ao pautar a responsabilidade política da argumentação, anuncia-se que a judicialização da política, apesar do tom crítico apresentado, é um elemento que, às vezes, se torna necessário e, simplesmente negar o Poder Judiciário como um espaço também adequado (assim como outros) de deliberações, é uma posição sectária e nada realista.

2.2.5 O ato da decisão e a questão interpretativa

Nessa toada de reconhecer a atuação do Poder Judiciário como um agir criativo e de função interpretativa e argumentativa. O enfoque nessa sua função de interpretar passa a ocupar um espaço importante para a compreensão da judicialização da política no Brasil.

Fazer uma digressão na questão interpretativa está a se relacionar com a premissa, tantas vezes reafirmada, pela qual o trabalho parte desde o seu título, qual seja: a existência de um quadro de judicialização da política.

Se a judicialização tem por objeto essa relação estrutural entre judiciário cada vez mais expansivo na efetivação de direitos constitucionalmente previstos, como uma espécie de “pagador de promessas perdidas”, a compreensão de suas bases da interpretação decisória é fundamental para o controle e transparência desse quadro.

Esse processo de interpretação, não pode ser entendido como simples etapa da decisão, visto que não ocorre como resultado de operações segmentadas, como se, primeiro, o juiz conhece-se o texto, compreendesse-o para, depois, interpretar e, por fim, aplicar a sua interpretação.

Pensado assim, o processo decisório – que tem notórias implicações em como entendemos a estrutura da separação de poderes e os graus de politização da justiça – poderia ser entendido como um processo imune de influências contextuais, já que o conhecer, nessa visão segmentada, estaria separado e antecederia o

interpretar, como se no primeiro momento o seu agir fosse desincumbido da atribuição de sentido.

Discorrendo sobre essa impossibilidade de cisão, Lenio Streck dispõe que:

A impossibilidade dessa cisão – tão bem denunciada por Gadamer – implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer “ponderações em etapas” [...] O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.⁶³

Diante disso, o enfoque a ser abordado neste breve subtópico está inserido no entendimento e na crítica a esse processo que separa o processo cognitivo-decisório em “acesso – compreensão – interpretação – decisão” como percurso evolutivo da ação, o que acarreta por lastrear uma divisão sujeito x objeto.

Com efeito, e saindo do plano geral, a problemática impõe situações anômalas, porque, ao passo que se reconhece a função interpretativa do juiz há o risco de se criar um ambiente solipsitas na qual a consciência do agente decisório ganha tal e infeliz relevância que o controle da sua atuação granjeia contornos psicológicos e não transparentes, incompatíveis, pois, com as responsabilidades judicantes.

Embarca-se, assim, em um problema que para a sua superação deve se pautar que o momento da atribuição de sentido (ou como momento da interpretação) já se inicia quando o agente acessa o problema e inicia o processo de compreensão que é, também, um processo interpretativo.

Nesse espeque, em Wálber Araújo Carneiro, a interpretação aparece como uma espécie de reflexão sobre a antecipação de sentido, ou seja, sobre uma “primeira compreensão”. A rigor, considerando o quadro como um “processo”, é possível vislumbrar uma sequência de compreensões/atribuições de sentido que se

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar A“Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista?** In Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 162. Acesso em 20 de julho de 2017.

desenvolve reflexivamente, ou seja, interpretativamente, num “parâmetro reflexivo da interpretação jurídica”⁶⁴.

Entender contrariamente a essa situação deturpa a própria noção criativa do direito, porque possibilita um espaço de falta de controle da chamada “vontade do interprete”, permitindo que cada juiz delibere, como achar conveniente, afinal, o acesso e compreensão ao fato, se entendidos em segmentos, possibilita esse flanco. A decisão por conveniência, no entanto, quando o debate envolve diretamente direitos fundamentais é deveras perigosa.

Essa crítica de uma teoria da consciência decisória não quer dizer um retorno a um paradigma formal de que a interpretação do juiz deve ocorrer, meramente, como um acesso a “vontade de um legislador”, na qual esse “retorno” possibilitaria uma segurança “objetivista” de respeito a uma vontade, como se o texto carrega-se um sentido em si e como se o próprio “retorno” não carregasse novas variantes interpretativas.

O que se propõe, ao largo disso, é uma mudança de paradigma, que não está na atuação de subsunção do juiz, nem na sua consciência na compreensão dos fatos, muito menos na busca de um sentido pretérito de um criador-legislador, ao contrário, busca-se uma virada que envolve a linguagem (sobrelevando os espectros semânticos e pragmáticos) e a hermenêutica e tem “o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à ‘fundamentação’ do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o ‘modo de ser’”⁶⁵

Dessa forma, o entendimento do processo interpretativo ajuda-nos a acessar os elementos de fundamentação expostos no momento em que a atuação do

⁶⁴ “Esses parâmetros, por serem compatíveis com o modo de compreendermos o mundo, são, em verdade, a normatização de possibilidades presentes e descritas nos modelos estruturais apresentados no capítulo anterior. A partir de tais modelos estruturais e dentro de seus limites é que poderemos propor uma hermenêutica jurídica. Na circularidade e da diferença ontológica, por exemplo, podemos concluir pela diferença entre texto e norma; a impossibilidade de cisão entre questões de fato e de direito; e o problema do fundamento do direito na diferença entre regras e princípios. No jogo, podemos refletir sobre a necessária busca pelo fenômeno jurídico originário e pela intensificação de seu desvelamento. No diálogo, a otimização do jogo e, conseqüentemente, o desvelamento do sentido do ente a partir de novas perspectivas apresentadas pelo outro, condição para atender à alteridade em uma sociedade complexa e democrática.” (CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235).

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 163.

judiciário vem a público, ou seja, na argumentação e, pois, na legitimidade deste Poder e na possibilidade de mapear a sua ação frente às outras esferas de Poder.

3 A INSERÇÃO DO FENÔMENO NO DEBATE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO)

3.1 LINHAS GERAIS DO DEBATE

A discussão sobre a separação dos poderes (em especial a relação judiciário e legislativo) e o fenômeno da judicialização da política no Brasil não pode descuidar do aspecto funcional da estrutura de poder. A esta altura, o tom do desenvolvimento já demonstra que se entende existente um alto grau de judicialização da política e que, em linhas gerais, se crítica o fenômeno e os defensores da máxima que enxerga o Poder Judiciário como o “superego”⁶⁶ da nação. O ceticismo deve imperar no estudo.

A judicialização da política, da forma como vem sendo abordada, apresenta um maior questionamento à atuação do judiciário em questões que estariam mais afetas a outras esferas de Poder e decisão. A crítica ao quadro, entretanto, não pode ser apegada às paixões e é preciso que se entenda, dentro da arquitetura constitucional dos poderes, como esse avanço pode ser questionado (ou até fomentado em medidas necessárias).

Compreender a arquitetura da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário é fundamental⁶⁷, estudar-se-á, assim, através de três perspectivas, seguindo a estrutura intentada por Conrado Hubner Mendes⁶⁸, ou seja, a partir das teorias que dão um maior respaldo ao legislador; das teorias que dão ao judiciário

⁶⁶ “Enquanto a uma prática judiciária quase religiosa corresponde uma veneração popular da Justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações “naturais” da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como “Guardião da Constituição” do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências. O tradicionalismo do Tribunal aparece de maneira mais clara ainda quando se refere à história social real. Percebe-se nas razões das decisões do TFC uma ampla recepção da “velha” história pré-constitucional, sobrepondo-se a “força de validade do passado” em nível constitucional.” (MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: Revista Novos Estudos nº 58. CEBRAPE. p. 183- 202. Novembro de 2000, p. 192).

⁶⁷ A discussão, neste momento, marginaliza o Poder Executivo do debate, por entender que há uma prevalência, para fins do fenômeno até aqui delimitado, dos Poderes Legislativo e Judiciário.

⁶⁸ MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit.

uma supremacia e das teorias do diálogo entre os dois polos, que, na verdade, como se verá, não são opostos⁶⁹.

Não se trata de uma reorientação total ou um giro copernicano sobre o tom crítico da judicialização da política, o que se pretende é ocupar um ponto de pesquisador-observador de teorias sobre a questão para afastar conclusões precipitadas ou rasas e, em última medida, o próprio enfraquecimento da crítica ao fenômeno.

A abordagem dessas teorias, mesmo que em uma perspectiva demonstrativa, está vinculada a compreensão que estamos a trabalhar com instituições (ou Poderes) que existem e estão em funcionamento, possibilitando um ponto-de-chegada (ainda que sem pretensão de finalizar o tema) mais seguro e cientificamente testado.

Os próximos dois tópicos trarão os principais argumentos de um lado e de outro, bem como notas críticas quando cabíveis sobre as teses, como uma espécie de desconstrução construtiva⁷⁰.

A metodologia adotada consistira na listagem desses argumentos, identificados por letras “a”, “b” e etc; já as possíveis análises e comentários críticos (favoráveis ou contrários) serão identificados pelos códigos (“a”, “b” e etc).

⁶⁹ Um pouco diferente de Conrado Hubner, entretanto, o tópico não trará os argumentos favoráveis a um e, depois, os argumentos contrários a outro e vice e versa. O contraponto virá com as análises críticas no transcorrer dos próprios argumentos favoráveis.

⁷⁰ A par da grande variedade de concepções e entendimentos da construção teórica de Derrida, sobretudo do que seria o seu desconstrutivismo, a presente monografia adota a interpretação de Miriam Bankovsky e Lasse Thomassen de uma “desconstrução-construtivista”: o que é a desconstrução? Esta é uma pergunta difícil, especialmente porque, como uma abordagem, a desconstrução é crítica a qualquer tentativa de definir ou atribuir uma essência mediante a cópula “é”, como em “desconstrução é”. [...]. Utilizações específicas da desconstrução devem afirmar ser exemplos de algo que transcende cada um deles: a desconstrução. No entanto, a desconstrução – o que “ela” “é” – não existe independentemente de seus usos específicos; ao contrário, o sentido da desconstrução é constituído pelos seus usos particulares. Isso é muito parecido com o ponto de Wittgenstein de que a regra é constituída através da sua aplicação, que é, em cada caso, também uma reinvenção parcial da regra. Derrida escreve que a desconstrução “não é um método geral. Não é minha propriedade. Não é uma ferramenta; é claro que existem alguns esquemas, alguns tipos, tipos regulares que você pode usar como uma gramática, como uma técnica, mas são apenas coisas secundárias na desconstrução. A desconstrução não é uma técnica, não é um método”. Derrida conclui que “há um possível ensino desses dispositivos [de desconstrução], mas não da desconstrução como tal, que não é um método geral, ligado a idiomas. A desconstrução deve ser diferente em cada língua, em cada idioma, em sua relação com cada trabalho único”. [...]. A desconstrução como método, poderíamos dizer, é também a desconstrução do método, se com método queremos dizer a aplicação de um programa ou técnica para um objeto, na qual se supõe o método como um meio transparente. A “desconstrução”, Derrida escreve, “não é neutra. Ela intervém”. (THOMASSEN, Lasse. **Deconstructing Habermas**. Londres/Nova York; Routledge, 2008, p. 5 – Tradução Daniel Oitaven).

3.2 TENDÊNCIA DE PREVALÊNCIA DO JUDICIÁRIO

Diversos autores e teorias, no bojo do debate sobre deslocamento do polo decisório de questões sensíveis, principalmente em matérias constitucionais de alta relevância e complexidade defendem uma atuação ampla do judiciário. Neste tópico, portanto, algumas dessas teorias serão descortinadas, possibilitando o conhecimento dos fundamentos para aqueles que defendem uma postura abrangente do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo.

O Poder Judiciário, especialmente o seu recorte no órgão de cúpula, que no caso do Brasil tem também competência constitucional, pode representar mais facilmente essa relação típica da judicialização da política e sua “tensão” com o legislativo.

Historicamente, os tribunais não são notados como um elemento próprio de uma “democracia”, mas sua existência no plano estatal da política é aceitável a partir de um consenso abstrato de que o legislativo – normalmente um caractere, ao menos ficcional, do “povo” e de sua vontade – é insuficiente, em maior ou menor grau, para a manutenção de um estado de coisas e de uma evolução estável da “vontade popular originária”.

Consoante a esse sentido, propõe Conrado Hubner Mendes:

A corte constitucional, ao contrário do parlamento, jamais é percebida como elemento natural da democracia. Sua defesa toma como ponto de partida que o parlamento é indispensável, mas insuficiente. Nesse sentido, essa conexão teórica geralmente se expressa por verbos como proteger, preservar, potencializar e seus variantes. O ataque ao parlamento, por sua vez, consiste sempre numa tentativa de relativizar seu papel, não de suprimi-lo.⁷¹

Dessa perspectiva, surgem e ganham força teses e argumentos favoráveis⁷² a um papel abrangente do judiciário no processo de garantia do estado constitucional de uma determinada sociedade.

Nesse sentido, os defensores dos tribunais⁷³ **(a)** sustentam que, reconhecida essa insuficiência do legislativo, o judiciário pela sua composição especial de

⁷¹ MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit, p. 55.

⁷² A listagem seguinte não é exaustiva e busca destacar, por uma escolha do autor, àqueles de maior relevância para o objeto de pesquisa do trabalho.

⁷³ A expressão “tribunais” será usada, ao longo do tópico, como sinônimo para judiciário, sobrelevada a sua competência em matérias constitucionais.

membros não diretamente eleitos⁷⁴ e que têm garantias e vedações⁷⁵ que lhe permitem independência e autonomia quando instados a decidir sobre temas de apelo social e que o legislativo não poderia julgar a si mesmo⁷⁶.

Este argumento, contudo, não pode ser levado em conta como fator decisivo da possibilidade de um “controle” ou “abrangência” do judiciário em questões de alta materialidade democrática, porque **(a’)** as garantias e vedações desconhecem outras formas de influência, a exemplo da midiática (convencional e das redes sociais), bem como a transmissão dos julgamentos no âmbito do STF. Não ignorar essas questões relativiza o argumento e o tornam mais realista, embora não o refute por completo. Acrescente-se, também, que o Poder Judiciário está abrangido pelo sistema política, é um Poder dele.

O **(b)** judiciário protege a democracia e suas condições iniciais (ou pressupostos)⁷⁷. Este argumento que está ligado a um ideal do tribunal como uma espécie de “guardião” e se ramifica em duas acepções: uma procedimental e outra material.

Quanto à acepção procedimental, a sua defesa está pautada na posição do tribunal enquanto garantidor das regras mínimas de disputa do jogo político,

⁷⁴ Ressalte-se que o recorte é o brasileiro, por isso a não preocupação com esse argumentos em face de países com processos eletivos dos seus juízes, principalmente os juízes com atribuições constitucionais.

⁷⁵ No Brasil, as garantias da magistratura são previstas na Constituição Federal: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.).

⁷⁶ Ver: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

⁷⁷ Nesse sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**/Oscar Vilhena Vieira. - Imprensa: São Paulo, Malheiros, 1999, 256 p.

mormente quando a lógica da maioria gera uma possibilidade maior de excluir grupos de interesse minoritários da chance de disputa política mínima⁷⁸, contudo sem adentrar no “mérito” da questão democrática em disputa.

Já na sua acepção material – que não é propriamente uma oposição à primeira, sim um degrau a mais de “invasão” do judiciário, seus defensores⁷⁹ sustentam que somente garantia procedimental é insuficiente, se não estiver atrelada a uma escolha material (ou de mérito) da questão envolvida, já que caberia ao judiciário, enquanto “fórum de princípios”, tomar decisões políticas importantes, sem, contudo, decidir com base em argumentos de política⁸⁰ (estes o legislativo seria mais apropriado a fazê-los), mas sim em argumentos de princípio:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral – e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.⁸¹

A tese, no entanto, tem lastro em uma premissa questionável. **(b’)** Acreditar que o judiciário protege os pressupostos da democracia é equivocado porque o tribunal compõe a política constitucional⁸², a noção de “guardião” não passaria de um argumento retórico⁸³. Além disso, supõe que os membros do judiciário pertencem a uma casta de capacitados a tomar decisões delicadas, como se só eles “levassem os direitos a sérios”.

Sem descuidar da ingenuidade da possibilidade de influências ideológicas no judiciário, a acepção procedimental – embora não deixe de ser uma escolha moral e um indício de decisão sobre o mérito da questão de fundo debatida – permite uma visão balanceada da relação, sem criar maiores disfunções.

⁷⁸ Sobre essa necessidade de proteção concorrencial dos grupos minoritários, Conrado Hubner Mendes (2008, p. 57) anota: O conceito que deu corpo a esse receio é o de “minorias separadas e insulares”, presente numa decisão da Suprema Corte americana.121 Correspondem a grupos sistematicamente excluídos dos processos decisórios e desprovidos de qualquer voz.”

⁷⁹ O principal proponente dessa tese é Ronald Dworkin, (DWORKIN, Ronald. Op. Cit.).

⁸⁰ Uma ressalva importante: a posição adotada como paradigma no argumento “b” é a postura da integralidade de Dworkin, da qual reputamos, neste específico, de melhor refinamento teórico. Contudo, há teorias que defendem uma politização do direito, sem esse filtro da não utilização de argumentos de “política – macro consequência”, a exemplo, no Brasil, de Ana Paula Barcellos.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo [revisão da tradução de Fernando Santos; revisão técnica de Alonso Reis Freire]. 1a ed. São Paulo Martins Fontes, 2010, p. 101.

⁸² Sobre o desenvolvimento dessa crítica, consultar: WALDRON, Jeremy. “**The core of the case against judicial review**”, Yale Law Journal, v. 115, 2006

⁸³ “Retórica” está, neste específico, no sentido vulgar de ornamento.

O (c) judiciário como assegurador da “tendência legislativa” de torna-se um reprodutor de uma “ditadura da maioria” é um argumento de bases utilitaristas⁸⁴, que propõe um papel contramajoritário do Poder Judiciário, de tutela às minorais em face aos possíveis excessos da lógica da maioria.

O argumento não deixa de ter uma importante função, mas deve-se ter (c’) o cuidado, pois nem sempre a maioria é tirânica, ela pode estar correta e as simples situações de dissensos não devem ensejar a judicialização da questão. Embora a contenda levada ao judiciário não garanta a sua “vitória”, não se pode ignorar os efeitos de sua “ida ao judiciário” e a instalação da “incerteza”, considerando, inclusive, que o tempo do judiciário não costuma ser célere, pela própria “necessidade de justificação”.⁸⁵

Além disso, não é possível afirmar peremptoriamente que o judiciário é contramajoritário, pois a defesa da minoria só conseguirá desempenhar tal papel se tiver um respaldo, ainda que mínimo, desses “direitos” na sociedade.

As (d) decisões do judiciário estão sujeitas a um contra-ataque e uma resposta do legislativo, através de uma emenda constitucional ou, em último caso, na eclosão de uma nova ordem constitucional.

Este argumento é relevante, mas (d’) não pode ser usado, simplesmente, como justificador da intervenção do judiciário em questões políticas relevantes, porque, primeiro: o tempo dos processos (legislativo e judiciário) não costuma ser célere e, enquanto isso, os efeitos de uma tomada posição podem ser irreversíveis.

Não obstante a análise “d”, essa relação de ataque e contra-ataque pode ser melhor explorada e sobrelevada, inclusive porque ocorre com frequência. Desse jogo, propomos na conclusão do presente trabalho a existência de uma relação de “rodadas procedimentais”, baseadas em uma interessante interação “Thrust-and-parry”⁸⁶.

⁸⁴ O termo “utilitarista” a longo do texto é utilizado, quase sempre em tom negativo, mas nesta ocasião apenas busca relatar a corrente de pensamento, que tem suas bases em John Stuart Mill e Alexis Tocqueville.

⁸⁵ Sobre a tese, ver: WHITTINGTON, Keith. “**Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses**”, North Carolina Law Review, v. 80, 2001.

⁸⁶ A “Thrust-and-parry” é proposta pelo realista americano Llewelyn que, apesar de ser utilizada em outro contexto, pode ser utilizada como “imagem” do binômico referenciado. A expressão é “utilizada na língua inglesa para designar figurativamente um embate discursivo. Sua origem está em movimentos básicos da esgrima, esporte em que: o “thrust” (“estocada”) consiste em uma ofensiva

Argumenta-se também que **(e)** a atuação do judiciário justifica-se como garantia do estado democrático de direito, que este se confundiria com o próprio constitucionalismo. Assim, caberia ao judiciário, por decorrência do estado democrático de direito monitorar a compatibilidade do legislativo com esse parâmetro.⁸⁷

Acreditar que a permissividade de judicialização da política é uma decorrência do estado democrático de direito não é uma falsidade, pois o judiciário ocupa um papel necessário nesse estado, mas **(e')** é uma visão exagerada, pois não se trata de uma decorrência, sim por conveniência prática do jogo dos poderes.

Se não é por necessidade lógica ou conceitual, pode ser que a revisão judicial seja desejável por conveniência prática, de modo a maximizar a eficácia do direito constitucional. Michelman, inclusive, admitiu que a revisão judicial, mais do que um corolário lógico do constitucionalismo, é apenas um “edifício de prudência política liberal”.⁸⁸

A tese de que **(f)** o “poder” de veto é essencial na divisão de poderes tem por fundamento na necessidade de do tal veto externo como uma limitação do poder e de que esse poder de veto ajudaria a combater os afãs das paixões transitórias mais facilmente presentes no legislativo e funcionaria como uma espécie de “checks and balances” (freios e contrapesos).⁸⁹

Considerada em **(f')** consonância com o argumento “d” e a análise “d” a tese “f” pode ser um elemento importante na relação entre os poderes. Contudo, exposta sem essa adequação a tese cai na armadilha de que cabe ao judiciário a última palavra, a decisão final. Já adiantando, novamente uma das teses conclusiva do trabalho, questionar-se-á se realmente existe a possibilidade de uma última palavra e, se existente, quais seriam os seus termos a “quem caberia”.

Por fim⁹⁰, a tese **(g)** da promoção, pelo judiciário, de uma representação deliberativa e argumentativa lastreia-se na premissa de que democracia não é

praticada mediante um movimento horizontal do(a) florete/espada/sabre em direção ao oponente; e o “parry” (bloqueio) é a ação de utilizar a espada para neutralizar um “thrust””. (OITAVEN, Daniel. Op. Cit, p. 127).

⁸⁷ Nesse sentido: FULLER, Lon. **The Morality of Law**, Yale University Press, 1969.

⁸⁸ MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit, p. 90.

⁸⁹ Sobre o argumento: HAMILTON, A., MADISON, J. e JAY, J. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

⁹⁰ Muitos outros argumentos poderiam ser revelados, mas, para a congruência do trabalho como um todo, preferiu-se listar àqueles mais afins (inclusive de oposição) as bases teóricas e práticas do trabalho. Assim, por exemplo, o fato da indicação dos juízes da corte constitucional brasileira ser uma

apenas o conjunto de interesses individuais, mas também composta por decisões fundadas em boas e demonstráveis justificativas racionais, sendo o judiciário, por sua estrutura, mais condizente para essa “segunda” faceta democrática.⁹¹

De fato, (**g'**) a democracia não é, somente, a agregação de interesses individuais – é muito mais complexa do que entender o todo como um conjunto ideal de partes pessoais. A dimensão democrática composta pela necessidade de fundamentações bem justificadas parece acertada⁹².

A posição, no entanto, tem de ser vista com ressalva, porque nem sempre a fundamentação no judiciário é mais capaz, institucionalmente, de proporcionar uma linguagem de forma menos técnica e fechada e, pois, mais acessível à população em geral – e essa acessibilidade é legitimadora, sobretudo quando envolve relevantes matérias de repercussão social.

Em geral, as sete teses descritas neste subtópico representam argumentos que não justificam, sozinhos, a permissibilidade da “alta” atuação do judiciário no denominado fenômeno da judicialização da política. Pelo contrário, suas análises revelam um discurso perigos de enxergar o judiciário como “superego” da sociedade, em tons paternalistas que infantiliza o papel dos demais poderes e a criam no inconsciente social um ideal do judiciário como “guardião” ou melhor interprete da constituição, em detrimento de outras áreas.

Simplesmente negá-los, porém, é uma opção idealista à revelia da materialidade de um fenômeno que acontece diariamente. Nesse sentido, apesar da postura crítica à judicialização da política nos seus moldes atuais, foram propostas ressalvas aos argumentos, evitando-se posições ingênuas no debate e caminhando para uma teoria do diálogo.

prerrogativa do chefe do poder executivo, com o crivo – mas na prática chancela – do Senado Federal não nos parece tão relevante no nosso contexto. Quadro diferente seria nos Estados Unidos da América, diante da polarização entre Democratas (“progressistas”) e Republicanos (“conservadores”).

⁹¹ Tese presente no artigo: MICHELMAN, Frank I. **Constitutional Authorship**. In: L. Alexander, (org.), *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, pp.64-98 Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

⁹² A divergência desta tese pelo argumento da não eleição dos membros do judiciário é factual, mas se apegamos a um corolário das democracias burguesas do voto como fim em si mesmo e do paradigma representativo como fidedigno da expressão livre do “povo”. Claro que, dentre as opções no âmbito do modo capitalista de produção, o sufrágio constitui o sistema “menos pior” de “escolha”, mas não quer dizer que sempre será o melhor em todas as esferas de poder.

3.3 TENDÊNCIA DE PREVALÊNCIA DO LEGISLATIVO

D'outro lado das posições pró-judiciário no debate sobre a judicialização da política, serão listadas algumas teses de posições pró-legislativo, visando enriquecer as conclusões que vêm se desenhando no trabalho⁹³.

Os argumentos de tendência favorável ao legislativo na disputa com o poder judiciário sobre a legitimidade deliberativa são, em geral, menos numerosos – não à toa serão dispostas em menor número neste subtópico.

Essa diferença quantitativa não significa que a defesa do papel do legislativo no debate seja mais difícil, ao revés disso, a diferença está relacionada a um ideal internalizado, tanto no senso comum quanto na ciência política, de que o legislativo tem uma relação mais “natural” com a democracia, só que sem o necessário encargo argumentativo⁹⁴.

A defesa do Poder Legislativo se baseia em duas principais ordens (não excludentes): a representação eleitoral e a chamada “regra da maioria”⁹⁵. Ademais, como explica Conrado Hubner Mendes, sua defesa (do legislativo) parte de uma espinha dorsal que está vinculada não a uma infalibilidade das instituições, mas sim a um quadro de bom funcionamento estrutural dos poderes:

Ela compreende quatro componentes: (i) instituições democráticas em bom funcionamento; (ii) instituições judiciais não representativas em bom funcionamento; (iii) um compromisso genuíno da maioria da sociedade com a idéia de direitos; (iv) um persistente desacordo de boa-fé sobre direitos. Os dois primeiros, portanto, envolvem condições institucionais. Os dois últimos, culturais.⁹⁶

⁹³ Aplica-se, neste subtópico, as mesmas observações e ressalvas de ordem estrutural e metodológicas.

⁹⁴ Nesse sentido: “Ao contrário de juízes e cortes, a relação de legisladores e parlamentos com a democracia é tida como mais óbvia e natural. Não tem um ônus especial de justificação. Por essa razão, essa instituição não só preserva, suplementa ou dinamiza a democracia. Encarnar, espelhar e representar são verbos mais adequados para as teses aqui enumeradas.” (MENDES, Conrado Hubner. Op Cit. p. 78).

⁹⁵ “A regra majoritária, possibilitando a igual participação no processo decisório de indivíduos ou grupos diferentemente inquietos com a questão, perverte sua condição de refletir corretamente a expectativa das partes, subtrai reflexividade à decisão [...] Na verdade o critério da maioria seria incapaz de refletir fielmente os particularismos das sociedades atuais, altamente complexas e diferenciadas” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política**, São Paulo: EDUSP, 1991. p. 65).

⁹⁶ MENDES, Conrado Hubner. Op Cit. p. 79-80.

A primeira das teses se refere ao **(a)** caráter representativo eleitoral do Congresso⁹⁷, como caractere que mais se aproxima de uma ideia de democracia enquanto manifestação da vontade do povo, ainda que de forma periódica (direta) e de forma constante (indireta).

O “ônus” da constância da vontade indireta do povo através de seus representantes é uma solução ao ato das pessoas não poderem se “ocupar” o tempo inteiro com a política⁹⁸, por isso a representação, mesmo não sendo perfeita, é funcional e prática.

Além disso, a lógica da representação, por precisar de um tempo deliberativo que lhe é próprio (processo legislativo), evitaria radicalismo e possibilitaria compromissos mais duradouros.

O argumento apresenta boas razões, mas **(a')** há um tom idealista no papel do legislativo representativo, pois historicamente, sobrelevado o caso brasileiro, inclusive, o parlamento teve (e tem) um papel oligárquico⁹⁹. Não obstante o sufrágio universal (elemento para o seu “bom funcionamento”) tenha “oxigenado” o caráter inicial do parlamento, sua origem não pode ser escondida. Por outro lado, nos países de democracia burguesa ainda não se apresenta alternativa viável ao sufrágio¹⁰⁰.

Em decorrência da primeira tese, o argumento **(b)** da composição plural do legislativo e do seu fomento a competição de ideias e interesses permitiria que o povo pudesse escolher, de tempos em tempos, qual “competidor” em relação ao outro.

A tese, no entanto, precisa de praticamente as mesmas observações realizadas em “a”. E mais, a **(b')** noção de que os representantes seriam competidores de ideias não está em consonância com a lógica parlamentar que tende a ser a busca de consensos mínimos e de acordo, não propriamente de

⁹⁷ A expressão “congresso” nesse subtópico será usada como sinônimo de parlamento ou Poder Legislativo.

⁹⁸ As sociedades contemporâneas são complexas e multitarefárias.

⁹⁹ Numa perspectiva global, (MANIN, Bernard. **The Principles of Representative Government**. Cambridge University Press. 1997. p. 234) destaca que, na origem do parlamento, ele é composto por “aristocratas ingleses, fazendeiros americanos e advogados franceses”.

¹⁰⁰ Novamente, faz a ressalva que, mesmo sendo o sistema “menos pior” o sufrágio periódico não deve ser idealizado como ato democrático de expressão popular, sob pena de se reduzir a ação democrática do povo a sua ocorrência e atrofiar formas alternativas de ação política.

enfrentamento direto. Além disso, essa “competição” ou “busca de um consenso mínimo é variável, dependendo de cada país, já que não dá para comparar o Brasil com seu pluripartidarismo com o quadro de “partidário” de um país em que só há dois partidos fortes, como os Estados Unidos da América.

Ademais, a lógica de “competidores” pode gerar um “mercado” no qual os direitos fundamentais correm sérios riscos.

O elemento da “regra de maioria” **(c)** como princípio fundamental de decisão coletiva de respeito ao imperativo moral da igualdade, que pauta-se numa dicotomia o debate (legislativo e judiciário), sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, entre maioria (má) e minoria (boa). A regra de maioria, no entanto, é geral e enxerga a maioria não só como maioria mais forte “fisicamente”, mas também moralmente¹⁰¹.

Com os méritos do **(c’)** grau de realismo e crítica à dicotomia da maioria (má) e da minoria (boa), o imperativo moral da igualdade, porém, tem o risco de espelhar somente uma igualdade formal (cada voto um peso) sem notar o grau de importância que cada matéria tem para um indivíduo ou grupo de interesse.

Merece, portanto, uma ressalva na crítica acima exposta. Não se trata de uma crítica à dicotomia “má” e “boa”, mas, principalmente, aos seus efeitos – que neste ponto é muito parecido com o que busca negar na origem da crítica – de que só existiriam esses dois polos, mesmo que eles não fossem estáticos. Pensar assim em “minoridade e maioria”, “bom e mau” reduz a complexidade social e a fluidez das preferências.

A **(d)** regra da maioria, típica do Poder Legislativo, é uma conquista, pois permite o consentimento da força moral da igualdade. Suas deliberações respeitam os indivíduos levando a sério as diferenças de opinião e não reprime quem pensa diferente.¹⁰²

O argumento tem uma força interessante, mas, novamente, apresenta certo idealismo. **(d’)** A votação por maioria nem sempre reflete a vontade da maioria (sequer da maioria dos representantes), pois há variantes como ordem de votação,

¹⁰¹ É o que diz (MENDES, Conrado Hubner, Op. Cit. p. 84): “Waldron entende que tal força não pode ser lida na acepção física da expressão, mas na sua dimensão moral. O que mantém a comunidade integrada é o que chamou de ‘física do consentimento’”

¹⁰² É como assevera: WALDRON, Jeremy. “**The Dignity of Legislation**”, Oxford University Press. 1999, p. 51.

como a proposta é construída e a qualidade dos debates antecedentes, assim o “consentimento da força moral da igualdade (cada pessoa um voto)” não se confunde com o consenso substancial da matéria.¹⁰³

Ainda na análise “d”, há que se destacar que a tese “d” traz um elemento que, de fato, significa uma vantagem do legislativo frente ao judiciário. Em geral, quando o legislativo delibera, não há uma relação de descarte das demais posições, pois a “escolha” de uma posição não envolve, necessariamente, a ideia de que as outras estão erradas.

Na deliberação do judiciário, contudo, quando uma deliberação é tomada (correta), as outras posições (erradas) que estavam à disposição no processo ganham a pecha (ou “sanção”) de erradas, ilegítimas, ilegais e etc. Há, nesse específico, até pela responsabilidade política da argumentação, uma decisão que, em geral, é de “certo” e “errado”.

As quatro teses exemplificadas e sucintamente expostas neste subtópico representam argumentos que, assim como os do tópico “3.2”, não representam argumentos bastante fortes para a adoção de uma posição que exclua a atuação do judiciário e vice-versa.

Nota-se, no entanto, também certo idealismo discursivo nas teses, apegados a “chaves-argumentativas”, espécies de “frames” (molduras do argumento), ou seja, na representam eleitoral e na regra da maioria, sem atentar para aspectos críticos tais como qual o tipo de representação ou sobre as variantes que podem incidir e desvirtua a vontade na regra da maioria.

A postura do trabalho, como se percebe, tem sido de crítica á expansividade do judiciário, caracterizado por um elevado grau de judicialização da política, o que, em um primeiro momento, perfilha a monografia à uma prevalência ao legislativo (o

¹⁰³ Com um recorte mais específico e pequeno, porém ilustrativo, relata-se a Assembleia Geral Extraordinária do Serviço de Apoio Jurídico da Bahia (SAJU-UFBA) realizada no dia 05 de agosto de 2017 para tratar sobre a reforma estatutária da instituição. A ordem de votação dos artigos foi decisiva, principalmente quando se tratava da possibilidade, ou não, do recurso à Assembleia de determinadas decisões da Reunião Geral gozasse de efeito suspensivo. O plenário estava tendente a conferir irrestritamente o efeito suspensivo a todos os recursos, porém, quando se encaminhava para votação, um Sajuano (como são chamados os membros da instituição) suscitou questão de ordem (admitida pela mesa) para que o tema só fosse votado após a análise de quais competências (em artigos posteriores) da Reunião Geral para, só depois, deliberar sobre o efeito suspensivo. A questão de ordem foi acolhida por unanimidade e, depois, quando votado o efeito suspensivo apenas uma matéria gozou desta “garantia”. O caso é ilustrativo, porque demonstra como a ordem de votação, as falas do debate e o papel de uma mesa diretora podem relativizar a “regra da maioria”.

que não deixa de ser verdade), mas essa prevalência não pode ocorrer de forma abrupta ou sectária, sim de forma a reconhecer alguma atuação do judiciário, por isso a aproximação a uma perspectiva dialógica.

3.4 A SEPARAÇÃO DE PODERES¹⁰⁴ E A PREVALÊNCIA DO DIÁLOGO

O desenho argumentativo do tópico cria um sentimento de ceticismo e desconfiança sobre as duas principais e óbvias correntes quando se debate a judicialização da política, quais sejam: as tendências pró-judiciário e pró-legislativo.

O sentimento de desconfiança deve imperar no debate, pois ajuda a afastar conclusões apressadas e pouco fundamentadas, bem como proporcionam um ponto-de-chegada mais firme. O enfoque presente nos subtópicos anteriores não foi o de negação de uma esfera de poder a outra. Ao contrário, as divergências revelam uma fragilidade de cada lado e a necessidade de uma tendência à outra.

Reconhecida essa necessidade – que deve ser vista em graus – visualizamos um denominador comum de autopromoção: a quem cabe a “última palavra”.

Tanto as teorias do tópico “3.2” quanto às do tópico “3.3”, são genericamente falando teorias da “última palavra”, cada uma com prevalência para o seu ponto de observação (judiciário e legislativo, respectivamente).

No meio desse debate, as teorias do diálogo conseguem encarar de forma mais realista o estado de arte da questão da “última palavra”:

Teorias do diálogo [...] são também variadas, mas lidam melhor com essas duas faces à medida que se mostram menos preocupadas com a última palavra. Na sua versão mais elaborada, a perspectiva do diálogo provavelmente faz isso: aceita a falibilidade das duas instituições e a combina com um ambicioso projeto normativo que leve em conta as vantagens comparativas das duas, uma vez que não são mais necessariamente excludentes.¹⁰⁵

As teorias do diálogo representam uma nova forma de encarar a questão, uma virada à dicotomia “judiciário x legislativo”. Trata-se de uma terceira via, que busca compartilhamentos empíricos e normativos.

¹⁰⁴ Novamente, o papel do Poder Executivo será marginalizado do debate.

¹⁰⁵ MENDES, Conrado Hubner, Op. Cit. p. 96.

Quando se propõe uma postura de “diálogo”, vem à tona dimensões de respeito mútuo, horizontalidade e tira o foco de um discurso de autoridade para uma autoridade discursiva¹⁰⁶.

Os poderes já dialogam internamente quando das suas deliberações (diálogo intrainstitucional), mas o enfoque neste subtópico é na existência e as possibilidades de um diálogo institucional (legislativo e judiciário). Assim, a metodologia a seguir consistirá em uma exposição ampla e geral sobre os principais argumentos (identificados por letras “a”, “b” e etc), análises críticas de acréscimo (identificados por “a”, “b” e etc).

A postura favorável ao diálogo das instituições, normalmente, apresenta dois elementos em comum entre as suas diversas ramificações¹⁰⁷⁻¹⁰⁸: (i) A não aceitação do judiciário como centro das deliberações e detentor de uma supremacia na interpretação da Constituição; (ii) A negação da existência da última palavra ou, aos que consideram existentes, que esta seja do judiciário¹⁰⁹.

A literatura apresenta duas grandes categorias, a primeira em uma visão de atuação intencional de cada esfera de poder em propiciar o debate, numa espécie de vontade ou disposição para o diálogo, em uma ideia que nasce interna em cada instituição; já a segunda propõe o diálogo como elemento estrutural e fruto da própria separação de poderes e tem um caráter que nasce externamente aos poderes e não da sua vontade pelo diálogo.

¹⁰⁶ “Diálogo é uma imagem fecunda e expressiva para a política. É signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade. Indivíduos dialogam em ambientes formais e informais da política.” Ibidem, p. 97.

¹⁰⁷ A análise feita aqui não será extensiva de todas as teorias ou ramificações das teorias do diálogo, ao contrário, serão expostos os principais argumentos da tendência, mantendo-se uma coerência aos tópicos anteriores.

¹⁰⁸ “Há dois ramos principais na literatura que vê o diálogo como fenômeno estrutural da separação de poderes: a canadense e a norte-americana. A divisão é imperfeita, pois não são ramos independentes. Influenciam-se mutuamente nos últimos 20 anos. Começo pela mais antiga e variada. A norte-americana é mais sofisticada metodologicamente e aborda o fenômeno de modo mais plural. Por essa mesma razão, na falta de uma noção estável de “diálogo”, qualquer descrição é necessariamente mais pessoal. Exponho, em seguida, a vertente canadense do debate. Mais recente, seus termos têm maior homogeneidade, os marcos mais definidos e diretamente conectados com a mudança de regime constitucional em 1982.” (MENDES, 2008, p. 124)

¹⁰⁹ “Além das nuances e versões das diferentes teorias do diálogo, deve-se perceber o que elas têm em comum e como contrastam com teorias da última palavra. Dois são os seus principais denominadores comuns: a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial.” (MENDES, Conrado Hubner, Op. Cit. p. 98-99).

Como a grande preocupação do trabalho tem sido a análise estrutural, sem destrincha-la, anota-se a existência da primeira categoria, a tendência pró-dialógica será adotada a partir de uma visão estrutural, como resultante da separação de poderes.

Tal escolha justifica-se pela metodologia e recorte temático proposto e, também, pela própria disposição normativa prevista na Constituição Federal da República federativa do Brasil, promulgada em 1988¹¹⁰, que assevera a independência e **harmonia** entre os poderes. A harmonia, longe de ser uma pacificidade, pode ser encarada, também, como abertura estrutural para o diálogo.

O diálogo entre o legislativo e o judiciário é um imperativo da própria estrutura da separação de poderes, é o reconhecimento, como o faz Alexander Bickel¹¹¹, da relação entre direito e política como um fluxo contínuo e o fluxo só ocorre com graus de diálogo e interação institucional.

Dessa forma, há um **(a)** entendimento os processos deliberativos como processos repletos de nuances, que não são fins em si mesmo, assim, uma deliberação pode ser, quando muito, o ponto final de um estágio, mas novos estágios estão sempre a surgir e que a interpretação constitucional caracteriza-se pela sua circularidade, que podem até se “estabilizar”, se existente um consenso social e institucional mínimo, em uma estabilização “provisória”¹¹².

O entendimento é correto e realista, mas deve ser acrescentado, ainda, **(a')** o fator temporal, ou seja, por mais que haja uma circularidade e que uma decisão deliberativa do judiciário, por exemplo, encerre no máximo um estágio e gere certo consenso, o tempo e processo de inauguração de um novo estágio e que esse estágio resulte em uma deliberação não costuma ser rápido e o tempo produz efeitos e marcas.

A **(b)** interpretação da constituição não está adstrita ao Poder Judiciário, ou seja, o papel constitucional dos tribunais não pode ser confundido com sua exclusividade. Trata-se, portanto de uma defesa normativa da interpretação

¹¹⁰ “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL. Constituição (1988). Op. Cit).

¹¹¹ BICKEL, Alexander. **Foreword: The Passive Virtues**, Harvard Law Review, v.75, 1961, p. 17.

¹¹² É o que propõe (FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton University Press. 1988).

constitucional, também, extrajudicialmente, no qual nenhum interprete pode ser superior ao outro¹¹³.

O argumento é válido e bem intencionado (**b'**) e possibilita um fomento e uma cultura de reponsabilidade e sensibilidade às questões democráticas de outras esferas do poder. Ademais, o argumento (b) deve se relacionar diretamente com a circularidade proposta em “a” e “a’”, pois permite um contínuo amadurecimento argumentativo, pois, se todos interpretam em pé de igualdade, a tendência é um esforço argumentativo maior, em decorrência, em deliberações melhores.¹¹⁴

Os poderes legislativos, na maior parte das vezes, (**c**) buscam um “acordo” ou adaptação de suas posições, principalmente às exigências argumentativas de um dos poderes. O resultado dessa interação tendente à acomodação seriam as consolidações mais duradouras de políticas de Estado.

O argumento é pautado em um estudo empírico realizado nos Estados Unidos da América¹¹⁵, por isso o seu uso para a realidade brasileira é uma pressuposição, embora haja concordância com as conclusões. (**c'**) Os casos mais notáveis e polêmicos são, justamente, os que possuem maior repercussão na mídia, mas não dá para imaginar que a tendência seria, a cada matéria, um conflito nos moldes de “ataque e contra-ataque”.

Os casos polêmicos devem ser levados em conta, mas a tese da acomodação parece razoável e até óbvia, já que, apesar do “ataque e contra-ataque” não deixar de ser uma forma de diálogo, a estrutura da separação de poderes não suportaria uma constância dessa situação belicosa.

O (**d**) dualismo entre deliberações “majoritárias” e “contramajoritárias” é idealizado, pois a lei não é sempre a vontade de uma maioria e um julgamento nem

¹¹³ Como se observa do pensamento de: WHITTINGTON, Keith. Op. Cit.

¹¹⁴ Sobre as críticas ao argumento, expõe (MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit. p. 127): “Os críticos apontam três vícios dessa concepção de separação de poderes: seria anárquica (por multiplicar os intérpretes sem hierarquizá-los ou dispor de uma autoridade final e estável),326 irracional (por não levar a sério considerações de princípio como a corte o faria), e tirânica (por representar um perigo às minorias, que estariam sob proteção da corte). A supremacia judicial corrigiria esses três vícios por meio de três virtudes: a de resolução definitiva do problema, de sua qualidade deliberativa única, e de sua força contramajoritária”. As críticas, porém, caem na armadilha de superestimar o judiciário em detrimento de outras esferas de deliberação, além de reduzir a situação a um conflito abstrato de “maioria” x “minorias”.

¹¹⁵ Nesse sentido, baseando-se em estudos empíricos, vide: PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Duke University Press, 2004. p. 90-114.

sempre é uma defesa ou garantia de uma minoria. Ao contrário, pelo caráter da representatividade indireta do legislativo e do “elitismo” do judiciário, as deliberações são, em geral, frutos do debate entre duas minorias ativas, ao largo de uma maioria maleável e pouco atenta às questões em discussão¹¹⁶.

Como afirma Barry Friedman, é necessária uma virada de realidade nos estudos das duas instituições para compreender essa dinâmica e não apenas na crítica a uma ou outra:

Although a great deal of work has been devoted in recent years to the notion that the legislative process is not as majoritarian as we idealize, little focus has been given to the other side of the equation. (...) Measured by a realistic baseline of majoritarianism, courts are relatively majoritarian¹¹⁷.

O argumento ratifica a opção dialógica, pois, **(d')** não há um padrão de garantia no dualismo de que o judiciário será contramajoritário e o legislativo majoritário (vide os argumentos e análises “b” e “b'” do “subtópico 2.3.2” e “d” e “d'” do “subtópico 2.3.2”), já que em geral pequenos grupos participam ativamente do debate.

O diálogo deve integrar o jogo interinstitucional, porque **(e)** o maior perigo para a democracia não é o ativismo judicial, mas a deferência do legislativo na abertura de uma nova rodada de deliberação.

Nesse sentido, Kent Roach:

The answer to unacceptable judicial activism under a modern bill of rights is legislative activism and the assertion of democratic responsibility for limiting or overriding the Court's decisions. Citizens can enjoy the benefits of judicial activism without the costs of judicial supremacy. (...) Modern bills of rights and their robust judicial enforcement allow governments to be put on trial... But the Court is also on trial... In the end, all of us are on trial for how we exercise the powers of self-government. That is the burden and the privilege of democracy.¹¹⁸

¹¹⁶ É o que propõe FRIEDMAN, Barry. “**Dialogue and Judicial Review**”, Michigan Law Review, v. 91, 1993.

¹¹⁷ Em livre tradução: “Embora uma grande quantidade de trabalho tenha sido dedicada nos últimos anos à noção de que o processo legislativo não é tão majoritário quanto idealizamos, pouco foi dado ao outro lado da equação. (...) Medido por uma linha de base realista de uma posição majoritária, os tribunais são relativamente majoritários” (FRIEDMAN, Barry. Op. Cit. p. 586).

¹¹⁸ Em livre tradução: “A resposta ao inaceitável ativismo judicial numa declaração de direitos na modernidade é o ativismo legislativo e a afirmação da responsabilidade democrática por limitar ou anular as decisões do Tribunal. Assim, os cidadãos podem desfrutar dos benefícios do ativismo judicial sem os custos da supremacia judicial. (...) O aparato de direitos na modernidade e a sua robusta aplicação judicial permite que os governos sejam julgados... Mas o Tribunal também é

A tese (e') não é tão radical e admite e entende a judicialização da política como um elemento necessário, porém, considerando que há diálogo, ela propõe que deve existir, sempre que o dissenso imperar, um “contra-ataque” legislativo, como uma espécie de “ativismo legislativo”. A tese, porém, não se atenta para, novamente a questão temporal que esse processo de “ida e volta” ocasiona.

As teorias do diálogo, (f) ao possibilitar um reconhecimento das limitações e qualidades do judiciário e do legislativo, rompe o paradigma de um papel polialesco do primeiro e de um papel transgressor ou errante do segundo, compartilhando as suas responsabilidades, em relação de mutualidade.

O compartilhamento dessas responsabilidades (f') deixa as relações democráticas mais transparentes, pois o legislativo nem o judiciário em suas deliberações não precisaram criar subterfúgios para “esconder” seus reais objetivos, já que o diálogo não coloca os poderes como “transgressor” e “policia”.

colocado em julgamento... No final, todos nós estamos julgando por quando exercemos os poderes de autogoverno. Esse é o ônus e o privilégio da democracia.” (ROACH, Kent. **The Supreme Court Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Carolina Academic Press law casebook series. Irwin Law, 2001. p. 234).

4 A DEFESA DE UMA TENDÊNCIA DIALÓGICA E O PARADIGMA DA ÚLTIMA PALAVRA

4.1 JUSTIFICAÇÃO DA ESCOLHA

4.1.1 Aspectos gerais

Ao longo do capítulo anterior foram expostos os principais argumentos das tendências de defesa da supremacia judicial e da prevalência do legislativo, enquanto instâncias deliberativas da “última palavra”, ou seja, sobre qual instituição deve ter a palavra final para interpretar e decidir sobre grandes questões constitucionais.

Ambas as teorias apresentam um denominador comum, ou seja, a pressuposição da existência de uma instituição a quem compete ter a última palavra e pôr fim ao processo interpretativo-decisório em matérias constitucionais. O paradigma da última palavra, assim, permeia o debate das teorias.

Uma tendência dialógica, no entanto, como terceira via ao debate – que se encontra enviesado e entrincheirado em dois polos – propicia uma visão crítica do contexto que envolve a separação de poderes, especialmente a relação “legislativo” e “judiciário” no fenômeno da judicialização da política.

A teoria do diálogo institucional¹¹⁹ consegue colher elementos racionais dos dois polos e propõe uma resposta estrutural para a democracia constitucional, questionando se, nesse ambiente democrático, é desejável (ou necessário) que uma instituição dê a “última palavra”, o que, ao fim e ao cabo, põe em xeque o paradigma da “última palavra”.

A quebra do paradigma da “última palavra” possibilita um novo olhar normativo e empírico frente à defesa “apaixonada” de qual instituição gozará dessa posição de destaque na separação de poderes. Quando se defende a relativização da última palavra, é possível reconhecer as qualidades de cada instituição (tribunal e parlamento) em um posicionamento realista.

Não se trata, assim, de não tomar posição para um lado ou outro, mas de destacar bases empíricas e normativas e romper com ideias de que há posições

¹¹⁹ No Brasil o debate ganha importante destaque acadêmico através de Conrado Hubner Mendes, quando da sua tese de doutoramento (MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit).

dadas e naturalizadas (ninguém é majoritário ou contramajoritário sempre), pelo contrário, as instituições são históricas e as deliberações sobre questões constitucionais serão sempre transitórias, ainda que perdurem por um determinado tempo, daí a concordância com as teses da “última palavra provisória”¹²⁰ e de “rodadas procedimentais de deliberação”¹²¹, que serão doravante melhor explicadas.

A tomada de partido por uma terceira via, como referenciado acima, ataca “chavões discursivos” que são comumente utilizados no discurso da aparente oposição “teorias constitucionais” e “teorias democráticas”. Essa desconstrução dos chavões funciona como condições explicativas para as teses conclusivas expostas.

No presente capítulo, como metodologia de trabalho, realizaremos o enfretamento dos “chavões discursivos”, buscando a sua desconstrução para, como consequência, comprovar o acerto (empírico e normativo) de um diálogo institucional entre legislativo e judiciário, através da explicação das teses da “última palavra transitória” e das “rodadas procedimentais de deliberação”.

O capítulo, dessa forma, permitirá uma pré-condição conclusiva do trabalho, ou seja, o questionamento da existência de uma “última palavra”, ao menos como última palavra definitiva, através das teses de “rodadas procedimentais de deliberações” e da proposição de uma relação dúbia de “diálogo” como “ataque e contra-ataque” e diálogo como “consenso”.

4.1.2 A desconstrução de “chavões”¹²² discursivos

O debate que envolve a judicialização da política insere-se e confunde-se com a questão da separação dos Poderes. Para os fins deste trabalho, como já explicitado nos capítulos anteriores, o foco do debate será na relação entre o legislativo e o judiciário, excluindo o executivo do estudo, ao menos de forma direta.

Nesse debate duas posições costumam se sobressair. A primeira, do juiz (ou Tribunal) bom, “salvador da constituição”, “seu interprete por natureza” para a garantia da Constituição e, por esse caminho, da própria democracia. Esta posição

¹²⁰ MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit.

¹²¹ Idem.

¹²² O termo “chavões”, sintaticamente, é um substantivo masculino; semanticamente apresenta algumas variações (ideia, frase, pensamento desgastado) que só podem ser significados na pragmática. Assim, o termo “chavões”, aqui utilizado em tom de ceticismo, está a significar uma “ideia desgastada”, um “ clichê” ou “lugar-comum argumentativo”.

costuma ser veiculada, explícita ou implicitamente, nas teorias que defendem uma supremacia judicial como a instituição “escolhida” para dar a última palavra sobre as grandes questões constitucionais, bem como da “necessidade de uma revisão judicial”.

Dentre os seus maiores defensores, se destaca Ronald Dworkin¹²³. O citado autor norte americano parte de uma noção que, invariavelmente requer uma invasão da moral nos tribunais¹²⁴⁻¹²⁵. Se a constituição é a “mãe” da democracia, a quem cabe o parto desta, ao judiciário coube protegê-la tal como a figura de um “pai”, para seguir uma visão freudiana¹²⁶.

O reflexo dessa posição, no entanto, é a figura que exsurge quando se proclama a existência do “bem”, ou seja, a figura do “mal”. Só pode existir algo “bom” em relação a algo “mau”, ou um salvador ou guardião em relação a algo violador ou ameaçador. Essa figura recai no legislador e reforça a tese da necessidade de uma atuação de contenção do judiciário como produto da democracia.

A segunda posição inverte os postos e propõe, ainda que inconscientemente, o parlamento como fiel representante da maioria ou vontade geral da população, em uma afirmação de “guardião democrático por natureza”, expressão de pluralidade e espelho da vontade popular, pautando o discurso no axioma do sufrágio universal e nas suas deliberações por maioria.

Entre os pensadores que defendem essa posição destaca-se John Locke, que exalta o caráter sufragista e o equilíbrio para “uma sociedade política bem ordenada pressupõe que o poder legislativo seja depositado nas mãos de diversas pessoas

¹²³ Vide: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹²⁴ “A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições” (DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 59).

¹²⁵ Em crítica ao pensamento de Dworkin, John Hart Ely assevera: “Ficamos tentados a supor que não haverá nenhuma distorção sistemática na interpretação judicial do “raciocínio moral correto”, senão a que deriva naturalmente dos axiomas filosóficos a partir dos quais os juízes raciocinam (“Nós gostamos de Rawls, vocês gostam de Nozick. Nós ganhamos por 6 a 3. Anule-se a lei”). Isso por si só seria ruim, mas a situação tende a ser bem pior. A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provem a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos. As pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos, e nós não somos exceção¹⁷.” (ELY, John Hart. **“Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review”**, Maryland Law Review, v. 37, 1977, p. 78).

¹²⁶ FREUD, Sigmund (1912-1914). **Totem e tabu**. Rio de Janeiro: Imago, 1980. (ESB, v. 13).

que, reunidas em assembleia ou em conjunto com outras, têm o poder de elaborar leis”¹²⁷.

A defesa do legislativo – embora pareça mais correta do que a supremacia do judiciário, como se verá mais a frente – deita-se, muitas vezes, na tese da regra de maioria e utiliza como trunfo argumentativo de sua legitimidade representativa, unicamente, no voto popular.

Em sentido outro, essa posição de “romantização” do legislativo acarreta o crescimento de um ideal de aceitação ao caráter “elitista” e “antidemocrático” do judiciário.

O binômio introdutório deste subtópico de desconstrução requer, assim, uma digressão, ainda que rápida e sintética, no debate central da política e do direito. Essa discussão gira em torno da relação conceitual “constituição” e “democracia”.

A relação¹²⁸ entre “constituição” e “democracia” apresenta várias imbricações em diversos planos epistêmicos, especialmente no âmbito das teorias jurídicas e políticas contemporâneas. Tanto que essa relação, muitas vezes, é colocada com um inseparável conflito.

Desse modo, compreender esta relação pressupõe, como ponto de partida de sua análise, o delineamento dos conceitos e sua contextualização, bem como a própria caracterização enquanto conceito¹²⁹. Necessário, também, o incursão nos processos históricos.

Sem nenhuma pretensão exauriente e por isso mesmo pecando pela brevidade, visa-se explicitar a abordagem dos conceitos, desenhando um arcabouço que possibilitará a compreensão do deslocamento das tensões sociais e dos procedimentos deliberativos constitucionais.

O conceito de constituição apresenta um grau polissêmico que não pode ser desconsiderado, trata-se, pois, de um conceito que é construído e desconstruído ao longo da experiência histórica.

¹²⁷ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 515.

¹²⁸ O termo relação apresenta um significado não apenas de proximidade ou conexão, mas também de divergência ou oposição.

¹²⁹ A abordagem dos conceitos, seguindo metodologia conceitual delineada, partirá da “história dos conceitos” (Koselleck), através da semântica e da pragmática como ferramentas para analisar, diacronicamente, a sua fundação, manutenção e/ou substituição como eles são criados e como ocorre seu processo de manutenção ou de substituição.

“Constituição”, por si só, é um vazio de significado, se não for examinado pela perspectiva da mudança de sentido do conceito: de “soberania”, de “direitos fundamentais”, de “Estado”, de “público” e de “privado”, de “cidadão” e etc. Não há uma “essência” do conceito ou uma “naturalização”.

Dessa forma, impossibilitada a existência de “o conceito” de “constituição” – pelo menos não na metodologia conceitual proposta –, reconhece-se que, a constituição, na modernidade, vem sendo definida de diferentes formas para as diferentes situações, ou seja, o conceito possibilita – e é possibilitado pela – a compreensão do contexto.

A constituição, por exemplo, nos movimentos revolucionários burgueses na Europa e na América do Norte apresentava um sentido de limitação do poder do “governante” para se garantir uma previsibilidade e garantia do empreendimento “burguês” de poder, garantidora dos chamados direitos de primeira geração e inserida desde um constitucionalismo de bases positivistas (um positivismo exegético), ainda que essa estrutura não seja propriamente igual e tenha conotações diferentes e peculiaridades no sistemas do *civil law* (França, por exemplo) no sistema do *common law* (Estados Unidos da América, por exemplo).

Na atualidade, principalmente se levarmos em conta o Brasil, esse paradigma “constitucionalista” de bases formais e de “validade” é rompido pelo chamado neoconstitucionalismo. Lenio Streck, nesse sentido, assevera:

O século XX foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade [...].¹³⁰

Considerando, assim, que por “constituição”, mesmo se levado em conta apenas os seus usos atuais, apresenta inúmeras formas de conceituação variantes pelas opções teóricas e práticas, torna-se indispensável precisar os termos da apropriação que dela se faz para, posto isto, seja possível discutir sua capacidade de legitimação da relação do direito e da política.

¹³⁰ STRECK, Lenio. Op. Cit. 2005, p. 154.

Em um caráter mais geral, a constituição pode assumir desde um sentido de garantidora (ou limitadora) do poder político, ou, ainda, de uma suposta oposição entre liberdade (em sentido anárquico de desordem) e ordem, ou até em um sentido prospectivo de trazer em seu bojo promessas de políticas públicas e bem-estar.

Estes sentidos, porém, são sentidos contextuais e que, diante da sua pretensão de generalidade, apresentam graus de articulação da realidade jurídica de determinado sistema.

Por isso, a historiografia do conceito de constituição, entretanto, não se restringe aos sentidos generalistas expostos acima, contudo, por recorte histórico, a noção de constituição debatida no trabalho está relacionada às chamadas constituições modernas¹³¹, que, frutos de processos históricos de disputas não uniformes, muito menos lineares, se constroem por uma perspectiva ocidental com marco numa epistemologia do norte ou central¹³² e, também, colonizadora.

As constituições modernas, dessa feita e com a ressalva espacial e temporal, são frutos, inicialmente, de processos de instabilidade social, nascem da conflituosidade e de processos revolucionários¹³³. Como afirma Brunkhorst “as revoluções libertam os potenciais normativos da evolução, que quase sempre terminam com um ‘acordo constitucional’”¹³⁴.

Sinteticamente, ainda que incorrendo em generalizações, a visão moderna da constituição pode ser conceituada, desde a perspectiva sistêmica¹³⁵ como acoplamento estrutural entre política e direito, garantidora de direitos e fator dos binômios “mutabilidade e imutabilidade”, tensão-distensão entre estabilidade e

¹³¹ “[...] a ideia de “constituição moderna” vem à tona apenas nos revolucionários séculos XVII e XVIII. A “constituição” (Verfassung), tanto no plano semântico quanto no plano estrutural da sociedade, é um produto da “modernidade” (Neuzeit). Trata-se aqui, segundo Luhmann, de uma “aquisição evolutiva” (evolutionäre Errungenschaft) que emerge da pressão exercida por constantes processos de complexificação e diferenciação social, inerentes à sociedade moderna. “As Constituições no sentido moderno do termo nascem apenas no século XVIII”, emergindo como forma de acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) entre sistema político e sistema jurídico.” (ELMAUER, Douglas. **Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno**. Revista Direito Unb, p. 11-44, v. 2, 2016, p. 13).

¹³² Uma epistemologia que tem como ponto de partida a história dos “vencedores” no processo de colonização e/globalização. São exemplos os Estados Unidos da América e a Europa.

¹³³ A era das revoluções no ocidente central caracteriza-se, também, como era constitucionalista. Seguindo Douglas Elmauer ao citar que Eric Hobsbawm “denominou de ‘Era das Revoluções (1789-1848)’, mais especificamente das chamadas revoluções liberais que atingiram seu apogeu em 1848, as quais marcaram a crise dos anciens régimes”. (Idem).

¹³⁴ BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 113.

¹³⁵ Outras perspectivas poderiam ser adotadas, a exemplo da positivista normativista de Hans Kelsen.

limitação do poder político e, pois, uma aparentemente limitação de atos democráticos atuais do povo.

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico do Estado de Direito. A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da existência desse acoplamento estrutural. Porém, por meio dele, cresce imensamente a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as chances de aprendizado (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes. Destarte, a Constituição serve à interpenetração (e mesmo interferência) de dois sistemas autorreferenciais, o implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação autorreferencial de cada um dos sistemas.¹³⁶

Ademais, os conceitos não são peremptórios, como demonstrado acima, pois são baseados tanto na semântica (e nas variações, inclusive, teóricas) quanto na pragmática da linguagem e estando sujeitos aos processos de rupturas e revoluções e adaptações paradigmáticas.¹³⁷

O conceito de constituição, como tal, é um conceito-movimento e, no contexto brasileiro, sobretudo da Constituição Federal de 1988, pode ser entendido enquanto elemento que, por um lado, possibilita a comunicação entre diversos subsistemas sociais, especialmente do direito e da política.

Trata-se, pois, de um instrumento de memória do sistema, uma memória social das forças democráticas – radicalmente democráticas que a fundam – e uma memória da normatividade de exsurge a partir daí. Esse caráter de memória é um importante elemento da constituição.

Essa relação, que vem a ser introduzido em paralelo metodológico¹³⁸, desagua-se no debate sobre o conceito de “democracia” – também superficial e introdutório para os fins desse trabalho. Tal conceito, iniciando, igualmente, por uma

¹³⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 98.

¹³⁷ Assim, como elemento vivo, novas questões são colocadas ao panorama atual das constituições, a exemplo do debate constitucionalismo horizontal e vertical de Gunther Teubner, sobretudo diante da globalização e da “constitucionalização espontânea das esferas autônomas da sociedade” (TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. 1. ed. Piracicaba: EDITORA UNIMEP, 2005. p. 91).

¹³⁸ A construção de um conceito de democracia disposto no texto após a “constituição”, não representam a compartimentalização dos elementos, mas mero estilo (ou necessidade) e economia-limitação textual, sem representar, especialmente na modernidade, uma análise estanque.

perspectiva genérica, incompleta e fruto de uma historiografia central, pode ser vislumbrada, seguindo na historicidade, ou “História dos conceitos” de Reinhart Koselleck¹³⁹, diante da (i) polissemia do termo; (ii) relevância e entendimento através de uma teorização, em nível diacrônico; e (iii) carga de experiências multiformes de divergentes, que inviabilizam sua redução a uma ideia padrão base.

A democracia, assim, em seu caráter conceitual histórico que lhe é constitutivo, pode ser entendida, com inspiração em Koselleck¹⁴⁰ em três variantes essenciais e não excludentes: (i) a “democracia antiga” como forma constitucional e da organização deliberativa da *polis*, formas que em algumas medidas e alterações podem ser encontradas hoje; (ii) “a democracia moderna-oitocentista”, advento preponderante dos séculos XVIII e XIX, que designa novas formas de organização dos Estados modernos e da noção de limitação do poder, através de um paradigma legal e baseado na igualdade formal, a democracia aqui é atrelada à forma de governo; e (iii) a “democracia-moderna pós-segunda guerra”, que se torna um conceito generalizante, em substituição da noção de república, hegemônico no debate político, que pode ser visualizada por subdefinições (desde sistema social, a pluralidade de ideias até qual regime – parlamentarismo e presidencialismo)¹⁴¹.

Não à toa e especialmente na contemporaneidade, diante da polissemia dos conceitos, os termos estão a ser questionados e seus conteúdos inflados ou esvaziados, em um aparente paradoxo entre “constituição” e “democracia, porque, se esta queria dizer o povo decidindo as questões políticas relevantes, a constituição estaria aí incluída, porém, se o constitucionalismo (em sentido amplo, sem a diferenciação positivista ou pós-positivista) implica em limite à vontade popular, certos conteúdos da constituição deveria permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas.

¹³⁹ KOSELLECK, Reinhart. Op. Cit.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Exemplos dessas subdivisões podem ser ilustrados pelo pensamento de Norberto Bobbio, que reduz democracia a organização do poder político e “sistema” de governo (sendo que, a partir de terminologia muito comum no Brasil, a democracia seria regime de governo, enquanto república e monarquia, por exemplo, seriam formas de governo, ainda que, realmente, em classificações clássicas, como a de Aristóteles, a democracia apareça como forma de governo). referenciada na concepção de “público ativo” (BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001, p. 38-43) ou da visão de Jacques Rancière, que rejeita a redução da democracia a forma de governo e com estilo de vida social, consistindo, antes, no “modo de subjetivação por meio do qual os sujeitos políticos se constituem e existem” (RANCIÈRE, Jacques. **Les démocrates contre la démocratie**. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Démocratie, dans quel état?* Paris: La Fabrique, 2009. p. 98).

E é, justamente, dessa ideia equivocada acima listada, de oposição entre constituição e democracia, que permite e legitima um discurso sobre a necessidade de uma instituição que freie o ímpeto de democracia, como se pudesse existir essa instituição fora da democracia.

A constituição, é fruto de um ato extremo e livre de democracia ou vontade popular (revolução)¹⁴². A democracia é pressuposto de existência (fundação e continuidade) da ordem constitucional e só ela pode alterar essa ordem.

Com Chueri e Godoy¹⁴³ é possível conceber que a constituição, ao invés de frear o poder democrático, exhibe-o, como uma memória ativa e, de certa maneira, “regulamenta-o”, a fim de estabilização dessa memória.

A memória deve ser sobrelevada não como uma oposição do seu portador (constituição) com seu conteúdo das condições democráticas, mas sim como um elemento de estabilidade que acarreta constantes procedimentos decisórios da relação de “contenção-garantia” da constituição e democracia.

Assim, é importante notar que a situação relacional entre constituição e democracia, no que concerne a separação dos poderes, tem se caracterizado pela evocação de conceitos estandardizados (“constituição” e “democracia” e seus supostos corolários), o que requer, no dizer de Orlando Villas-Bôas¹⁴⁴, cautela com as suas alusões meramente discursiva para que não se reduzam o fenômeno da judicialização da política e o debate “legislativo” e “judiciário” a ornamentos argumentativos.

Nesse sentido, é preciso, partindo do dualismo explicitado no início do subtópico, **desconstruir a noção (chavão) da existência a priori de uma instituição boa e outra má**, quando se trata de defender a constituição e suas pré-condições democráticas. Assim, a postura de adotar o “juiz bom e o legislador

¹⁴² Segundo Antonio Negri: “falar de poder constituinte é falar de democracia. E qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo, ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, a regular a política democrática” (NEGRI, Antonio. **O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 8).

¹⁴³ CHUERI, V.; GODOY, M. **Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, 2010.

¹⁴⁴ VILLAS-BÔAS. Op. Cit.

mau”¹⁴⁵, de forma pré-determinada transfere o estudo para um campo das paixões, ou melhor, das ingenuidades.

As instituições, tanto o legislativo quanto judiciário, têm características definidas e próprias e ambas estão inseridas no ambiente democrático, contudo, há, nessa relação com sua importância nesse ambiente, uma hierarquia fluída de graus – que no trabalho apresenta uma inclinação para o legislativo, como será explicitado na conclusão.

“Quebrado” o maniqueísmo exposto, resta **anotar e desconstruir os chavões da suposta oposição entre as “teorias constitucionalistas” e “teorias democráticas”**. A distinção entre as teorias baseia-se na falta de compreensão de que tanto o judiciário quanto o legislativos estão no mesmo ambiente político.

Comumente, por tal diferenciação se alega que as teorias são diametralmente opostas. Concorda-se que são linhas teóricas diferentes, mas entende-se, por outro lado, que são plenamente conciliáveis. Essa diferenciação, como oposição, gera um entrenchamento das instituições, que não reflete a arquitetura da separação dos poderes.

São conciliáveis, porque, primeiro, há um erro comum das teorias constitucionalistas de que apenas o judiciário tem a supremacia de interpretação da constituição como produto da democracia. Essa visão confere ao judiciário o papel de **“pagador das promessas perdidas”**, um agente racional, imune às pressões da vontade da maioria¹⁴⁶.

Baseia-se, assim, no silogismo que atrela o tribunal à constituição: “se a constituição é suprema e o judiciário é seu **“guardião”**, compete ao judiciário ter a

¹⁴⁵ Criticando essa ingenuidade, disserta Waldron: “As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno de questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”. (WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 79).

¹⁴⁶ “Uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à vontade générale, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.” (STRECK, Lenio Luiz. **A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos sociais em terrae brasilis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional 4, 272-308, 2004, p. 274).

supremacia da sua interpretação”. O silogismo, porém, é falso porque parte de um pressuposto do judiciário ser o autêntico interprete da constituição.

O judiciário não é o “guardião” da constituição, muito menos da democracia. Não se protege a democracia, estruturalmente, através de uma instituição de origens elitistas. Democracia só pode ser assegurada com mais democracia, não com o seu inverso. Ademais, como visto, a constituição (ao menos a noção moderna) é fruto de uma radicalidade democrática, não o inverso.

A ideia do Judiciário como guardião da democracia é reacionária, pretenciosa e empiricamente falsa, além de propagar uma infantilização de outras instâncias decisórias (institucionais e para-institucionais).¹⁴⁷

Para comprovar essa afirmação, as teorias constitucionalistas teriam que responder: o judiciário protege direitos? A pergunta, no entanto, é depende¹⁴⁸. Ele pode proteger, assim como o legislativo pode proteger. A suposta proteção de direitos não pode ser uma justificativa para a supremacia judicial, pois assentada em bases apriorísticas.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Em uma atividade do Núcleo de Assessoria do SAJU-BA (Serviço de Apoio Jurídico da Bahia) durante um evento na CPT (Comissão Pastoral da Terra), com a presença de vários movimentos sociais, uma fala chamou atenção e reflete como essa ideia do judiciário enquanto guardião prejudica o amadurecimento dos demais poderes e de sujeitos sociais. Durante a fala do Cacique Babá (líder dos Tupinambás, do Sul do Estado da Bahia), no momento em que se referia aos entraves da sua comunidade sempre se referia as “leis” e “políticos” que queriam atacar os “direitos” da comunidade. Porém, para justificar e proteger a sua comunidade sempre se referia aos termos “direitos” e “constituição” e ao apoio do SAJU e da AATR (Associação dos/as Advogados/as de Trabalhadores Rurais) para lutar por esses direitos no “judiciário”.

¹⁴⁸ “Ora, há aqui o mesmo erro presente no apego aos valores do item anterior. Tanto quanto os valores morais, os direitos não são uma exceção à necessidade de autoridade na política. Pessoas discordam sobre direitos em pelo menos três níveis complementares. Em primeiro lugar, há desacordo sobre o que seja um direito. Em segundo, sobre quais direitos possuímos. E por fim, há desacordo sobre o que o improvável consenso sobre quais direitos possuímos acarreta quando sua aplicação é o centro do problema. Nesse contexto, conceber os direitos como trunfos não oferece uma resposta para a complexa questão sobre quais cartas estão disponíveis e quais naipes valem mais que outros. Pelo contrário. Aparece como um mistério, consequentemente, que alguns autores pensem nos direitos como se, de alguma forma, eles estivessem fora da disputa entre concepções radicalmente opostas e incongruentes.” (POLI, Vinicius. **Quem deve ser o detentor da última palavra, judiciário ou legislativo?** Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 2: 355-380, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2c9d0aad05d4affd3fff862f2ea5b9df.pdf>>. Acesso em 30 de julho de 2017, p. 363).

¹⁴⁹ “Decisões tomadas em sede de controle judicial de constitucionalidade não valem porque asseguram valores essenciais ao regime democrático, ou porque evitam a tirania da maioria ou barram o terror e, consequentemente, elas não deixam de valer quando não cumprem qualquer dessas metas. Todos esses objetivos são, evidentemente, louváveis, mas nenhum deles representa caminho efetivo algum para a compreensão do papel que um Judiciário dotado do poder de revisão judicial exerce, qual seja: suplantando desacordos com autoridade, independentemente do que qualquer teoria da justiça possa dizer sobre sua decisão, e seja ela “correta” ou “incorreta”.” (Ibid. p. 375).

Outro chavão que merece ser desconstruído se relaciona ao **processo de deliberação por maioria**. Muito se afirma, nas teorias democráticas, que o legislativo deve ser o detentor da última palavra porque decide por maioria e, assim, espelha a vontade do povo. Por outro lado, os defensores da supremacia do judiciário utilizam a crítica à regra da maioria como um elemento de proteção contra a maioria.

O debate é limitado. A democracia não pode se resumir à vontade da maioria, inclusive porque, uma votação nem sempre é o espelho da vontade da maioria. Como explicitado no capítulo anterior¹⁵⁰, os processos de votação apresentam elementos que o fazem mais peculiar do que a simples noção da maior quantidade de votos em uma posição ou n'outra.

Ademais, essa crítica às votações por maioria não isenta o judiciário, pois, *pasmem*, o tribunal também decide por maioria. Tomando por exemplo o STF, os onze ministros, geralmente, não chegam a um consenso unânime, sobretudo nas delicadas questões envolvendo direitos fundamentais e/ou políticos de esteio constitucional.

Na realidade, votação por maioria é um método de decisão, bem verdade o mais comum nas democracias, embora não se confundam com esta¹⁵¹.

Nesse sentido, sobre a insustentabilidade da imunidade do judiciário à regra da maioria, expõe Jeremy Waldron:

Quando os cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou sobre o que eles acarretam, afirmar que esse desacordo não pode ser superado por procedimentos majoritários e que essa tarefa deve ser entregue a um pequeno grupo de juízes parece quase um insulto. Resulta particularmente insultante quando descobrimos que os juízes discordam entre si exatamente sobre os mesmos pontos sobre os quais discordam os cidadãos e seus

¹⁵⁰ Mais um elemento que ainda não foi citado, é o chamado poder de pauta do presidente. Tanto o presidente do Congresso quanto do Supremo Tribunal federal têm largas prerrogativas de pautar as matérias a serem votadas e, o arranjo dessas votações apresenta reflexos no resultado decisório. Nesse sentido: “Os juízes que presidem os tribunais, sobre cuja pauta e ordem de encaminhamento das questões eles exercem um considerável controle, conhecem bem as posições de seus colegas, porque julgam muitos casos estritamente relacionados entre si e a renovação de pessoal é paulatina e lenta.” (SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 272).

¹⁵¹ “Democracia e majoritarismo são conceitos que devem ser desagregados. Não há, de modo efetivo, nada de especialmente democrático em uma votação majoritária: democracia é um ideal político; votação majoritária é método de decisão” (WALDRON, Jeremy. Op. Cit., 2003, p.110s).

representantes, e que também os juízes tomam suas decisões por votação majoritária.^{152_153}

Assim, o “trunfo” argumentativo a favor e contra ao majoritarismo não encontra respaldo, pois se trata de uma metodologia de votação e não da substância da vontade da maioria ou minoria. Tanto o legislativo quanto o judiciário decidem – nos desacordos – por maioria e, no caso do judiciário – especialmente nos tribunais de cúpula – o argumento da defesa de uma tirania da maioria perde força, pois o judiciário, por também decidir com base nessa metodologia, não está imune às suas características¹⁵⁴.

Ademais, a noção de “maioria” no judiciário é, em alguma medida, vista de uma forma diferente, visto não ser uma maioria representativa (Brasil), ao revés da maioria no legislativo que é, ao menos formalmente – e no seu ponto de partida ideal –, representativa¹⁵⁵.

Soma-se aos “passos” de desconstruções, o **chavão que reduz o controle de constitucionalidade ao controle *judicial* de constitucionalidade**. Existe um erro muito comum propagado que consiste em visualizar apenas uma forma de controle de constitucionalidade (ou adequação à constituição).

Todos os Poderes (e aqui incluo o executivo) exercem um *endo* e *exo* controle de constitucionalidade. O controle judicial de constitucionalidade é apenas uma espécie do grande gênero.

É o alerta que nos faz Vinicius Poli:

O dever do Judiciário de não aplicar uma norma que efetiva ou pretensamente contrarie a constituição não pode ser expresso como algo contingentemente necessário, senão como algo necessariamente contingente. Argumentar que a não adoção da revisão judicial seja uma impossibilidade lógica ou que um tal sistema negaria a supremacia da constituição constitui uma grosseira

¹⁵² Id. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 15.

¹⁵³ Conforme ponderação de Daniel Oitaven, que apresenta discordância quanto a segunda parte da citação, sob o fundamento de que há uma diferença entre o discurso de um juiz que argumenta apenas com base em princípios e o discurso de um legislador, o qual pode se utilizar de argumentos de política. Nada obstante a correção da ponderação, ressalve-se que o sentido da adoção da citação está ligado a outra faceta da discussão, qual seja, a utilização do método de votação por maioria (em seu sentido, com o tom repetitivo, metodológico).

¹⁵⁴ Por isso, “a dificuldade que surge quando o órgão com menor legitimidade democrática, dentro da separação de poderes, impõe sua autoridade sobre os demais”. (GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente ao Gobierno: Sobre el Carácter Contramayoritário del Poder Judicial**. Barcelona: Editorial Ariel S. A. 1996. p. 13).

¹⁵⁵ Outro fator de diferença dessa “maioria” no judiciário, é, se assumida uma perspectiva Dworkiniana, não realizar juízos políticos.

confusão entre gênero (controle de constitucionalidade) e espécie (controle judicial de constitucionalidade).¹⁵⁶

Todos esses chavões listados funcionam como *topoi* de primeiro grau, para utilizar uma estrutura exposta pela teoria tópica de Theodor Viehweg¹⁵⁷. Ou seja, lugares-comuns argumentativos que são utilizados como pontos-de-partida da argumentação.

Dessa forma, descortinar esses lugares comuns serve para anunciar que, a “briga” sobre quem deve dar a última palavra precisa ter como preliminar: existe uma última palavra? Quais os termos do debate?

4.2 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A “ÚLTIMA PALAVRA”

4.2.1 Noções gerais

O diálogo institucional pode ser encarado como um fato, pois reflete uma situação que, em maior ou menor grau, acontece na realidade, independente da teoria que se adote. O “diálogo” ou “intercomunicação deliberativa” entre as instituições faz parte da própria engenharia da separação de poderes. Essa engenharia representa o dinamismo da separação de poderes e a impropriedade de se analisar as deliberações que são realizadas, especialmente nos Poderes legislativo e judiciário. O diálogo, porém, ocorre de diferentes formas e, são esses matizes que serão trabalhadas nos subtópico seguintes.¹⁵⁸

Há, em verdade, na propositura de uma perspectiva dialógica, um caráter descritivo e empírico e, também, uma pretensão normativa, ainda que mínima, de analisar, contextualmente, como deveria (ou poderia) ocorrer a “intercomunicação deliberativa”.

Consoante explicação de Conrado Hubner Mendes, o diálogo institucional é forjado por:

¹⁵⁶ POLI, Vinicius. Op. Cit. p. 358.

¹⁵⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

¹⁵⁸ Sobre uma perspectiva dinâmica da separação de poderes e o diálogo institucional: “A expectativa é que a separação de poderes deliberativa tenha maior probabilidade de chegar à resposta certa. Ao contrário dos tópicos anteriores, não estou mirando o esforço de cada poder em maximizar o seu próprio desempenho deliberativo, e, assim, prevalecer sobre o outro. Tento perceber o produto dessa competição no agregado. Sob esse prisma, não mais se procura qual poder, entre corte e parlamento, está mais bem estruturado para alcançar a melhor resposta em questões de princípio. Olho para os dois como partes de um único desenho. Passo da deliberação intra-institucional para a inter-institucional.” (MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit., p. 210).

[...] dois componentes básicos: (i) o desenho institucional que o disciplina formalmente e (ii) a cultura política que o anima. Como dito acima, a tese não se preocupa com desenhos institucionais específicos. Não defendo um modelo mais desejável de separação de funções e da revisão judicial (se o “forte” norte americano, o “fraco” canadense, ou o “mínimo” britânico ou neo-zelandês), pois desconfio que soluções abstratas e de pretensão universal não atendem demandas institucionais particulares. Não nego que este desenho seja relevante, também, para incentivar padrões melhores de interação e deliberação. No entanto, priorizo um passo anterior. Quero demonstrar que, seja qual for a arquitetura institucional: (i) a interação no tempo (em variados intervalos, de acordo com o modelo) é incontornável, o que não é irrelevante para entender o problema da legitimidade; e (ii) as concepções variadas de legitimidade que informam a respectiva cultura política e interferem na qualidade dessa interação.¹⁵⁹

Esses dois componentes (engenharia institucional e cultura política) devem ser inseridos em uma perspectiva histórica. Assim, sem adentrar nas especificidades de cada desenho institucional, é importante ter em mente quais as bases históricas e a maturidade das instituições.

São duas as premissas: (i) na separação de poderes há intercomunicação deliberativa; (ii) os graus e formas da interação, bem como a sua funcionalidade estão atreladas a cultura política que rodeia as instituições¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Dessa forma, reconhecido que o diálogo entre as instituições ocorre, inevitavelmente e de diferentes formas, cabe descortinar e trazer algumas explicações sobre categorias teóricas que explicam essa situação, que se caracteriza pela sua constância, circularidade e pela relativização da existência de uma teoria da última palavra.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 173.

¹⁶⁰ “Apesar de a corte poder errar, e errar grosseiramente (seja qual for o critério por meio do qual se meça o erro), não é realista nem historicamente plausível dizer que ela possa decidir continuamente de modo desconectado da realidade, que ela não se preocupe com a manutenção de seu prestígio e respeitabilidade, dos quais depende não só sua legitimidade, mas inclusive a eficácia de suas decisões. Ela não consegue sustentar sua autoridade por muito tempo se insistir numa postura que não seja aceitável numa determinada cultura política.” (Ibidem, p. 186).

¹⁶¹ Como explica Conrado Hubner Mendes: “Waldron, mais de uma vez, afirmou que seus argumentos contrários à revisão judicial se dirigiam a países em que a adoção desse arranjo ainda era uma escolha em aberto. Não se destinava a participar do debate americano, onde a instituição estaria consolidada pela história e qualquer argumento que questionasse a sua existência mesma estaria fadado à irrelevância. Diversos autores já fizeram declarações parecidas para disciplinar o escopo da discussão. Dworkin, por exemplo, afirmou que “essa autoridade interpretativa já foi distribuída pela história”. Whittington não deixou de observar que a revisão judicial é “uma realidade institucional e histórica, independentemente de qualquer crítica acadêmica contra ela.” (Ibidem, p. 169-170).

4.2.2 Rodadas procedimentais e a última palavra provisória

As noções de “rodada procedimental” e “última palavra provisória” são construções teóricas sustentadas por Conrado Hubner Mendes. A primeira funciona como “círculo condutor” pelo qual o diálogo vai sempre acontecendo, se renovando e retroalimentando, tendo a constituição como a enciclopédia de sua memória operacional.

Desse movimento constante, se extrai que os círculos funcionam como espiral, ou seja, sempre há a possibilidade de, concluída uma volta, seja reaberto o debate em um outro patamar. A finalização de um círculo num dado patamar e a possibilidade de reabertura do debate é o que pode ser chamado de “última palavra provisória”.

A noção de “última palavra provisória”, portanto, é a negação da existência de uma última palavra definitiva, ou seja, a conclusão de que sempre será possível uma nova rodada procedimental, o que implica em lidar que, no máximo, alguma instituição fala por último numa determinada rodada, mas não encerra a possibilidade de revisão ou mudança.

Nesse sentido, Conrado Hubner Mendes sintetiza os conceitos:

Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de “rodada procedimental” e de “última palavra provisória”. Seu significado é simples e auto-explicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode sempre ser recomeçada, indefinidamente.

As duas categorias propostas estão inseridas numa espécie de “circuito decisório entre os poderes”. Trata-se de um circuito dinâmico que está a todo o momento envolvendo medidas de negociação, ataque, contenção em um movimento que leva à decisão.

O diálogo está a acontecer na própria constância do procedimento decisório de uma determinada rodada procedimental que tem o condão de resultar em uma palavra final provisória. Existe o diálogo, também – e costuma ser mais perceptível – quando um resultado decisório não alcança um consenso interinstitucional e inicia-se uma nova rodada decisória com uma nova palavra final provisória.

Essa possibilidade de reabertura condiciona as instituições a, cada vez mais, utilizarem bons argumentos e fundamentações, pois podem existir correções e vetos recíprocos. O diálogo é um elemento essencial para um efetivo sistema de freios e contrapesos.

Como ilustração, pode-se supor¹⁶² a abertura de uma rodada procedimental “A”, que se inicia no legislativo com a proposição de um projeto de lei ordinária sobre uma matéria “X”. O projeto costuma ser redigido a partir de experiências e memórias anteriores (o legislativo normalmente conhece quais as posições do judiciário sobre o determinado procedimento decisório e sobre as posições deste quanto à adequação constitucional de temas afins).

Realizado o trâmite do processo legislativo, um dos grupos de interesses cujo posicionamento foi contrariado pela Lei “X” propõe ao Tribunal competente a revisão daquela lei, sob o fundamento “C” de que a constituição foi violada. O Tribunal passa a uma rodada procedimental A’ (decorrência) e, na construção de sua decisão costuma levar em conta como o fundamento “C” vem sendo entendido na comunidade institucional.

Supondo, ainda, que o Tribunal declare a Lei “X” inconstitucional pondo fim a rodada “A” – “A’”, esta decisão do Tribunal pode ser superada com a abertura, por exemplo, de um novo procedimento decisório “B”, através de uma proposta de Emenda Constitucional sobre a matéria “X”. E assim por diante¹⁶³.

Apesar de o ciclo ser, teoricamente, tendente ao infinito, na prática o diálogo tende a acomodações, considerando inclusive a necessidade de melhora dos argumentos, pois as mudanças de posições costumam ser custosas a uma relação interinstitucional e perigosa para o equilíbrio da separação de poderes e a necessidade de uma estabilidade social.

Antes de concluir este ponto, contudo, dois alerta precisam ser feito: o fator temporal não pode ser negligenciado na noção de “última palavra” e a propositura de uma nova “rodada procedimental” representativa de um custo a ser ponderado.

¹⁶² A suposição em questão tem por plano de fundo o sistema constitucional brasileiro.

¹⁶³ O exemplo é simplório, mas ilustra, dentro de suas limitações, uma situação reduzida de um diálogo institucional.

A possibilidade de uma constante revisão e mudança na deliberação não pode significar que o judiciário ou o legislativo possam “arriscar” deliberações sem o devido cuidado ou responsabilidade política (constitucional)¹⁶⁴. Uma rodada procedimental leva tempo e suas decisões podem ter consequências, por isso a necessidade de que o diálogo ocorra dentro do próprio procedimento decisório, previamente, ao seu termo final.

Em paralelo a essa preocupação, não pode ser negado o custo da abertura de um novo procedimento decisório através de uma nova rodada procedimental. Além do fator temporal já explicitado, há um custo de um possível enfrentamento entre instituições e um custo de energia de construir um argumento de superação em face da última decisão (palavra).

Compreender esses custos representa a necessidade de entender que o diálogo institucional pode ocorrer de forma “pacífica” ou de forma “agressiva”, com consequências diferentes na estrutura da separação de poderes.

4.2.3 Diálogo “pacífico” x diálogo “Thrust-and-parry”

O diálogo é um fato na separação de poderes, mas sua forma e intensidade não são dadas de maneira una pelo sistema constitucional. Nesse sentido, propõe-se a existência de ao menos duas grandes formas de diálogo: o **diálogo pacífico (ou preventivo)** e o **diálogo “Thrust-and-parry” (ou ofensivo)**.

Por diálogo pacífico, entendemos os diálogos comuns e estruturais na separação de poderes, são os diálogos que as instituições fazem menos por uma vontade e mais como pressuposto de suas deliberações.

¹⁶⁴ "A invocação da idéia de “última palavra provisória” não pode esconder o custo temporal, material e intelectual de novas “rodadas procedimentais”. Há graus de provisoriedade. Decisões, mesmo que possam ser revistas, são mais ou menos duradouras e resistentes. Alguns de seus efeitos se consomem e, em certo sentido, tornam-se irreversíveis. O fato de ser interlocutora, por essa razão, não significa que a corte esteja isenta da responsabilidade de boas decisões e de um teste rigoroso de legitimidade. De qualquer modo, relativizar a importância da última palavra tem um valor. Se o ponto de chegada é sempre provisório, dever-se-ia atentar também para o caminho, o processo de interação que precede e sucede a decisão. Diálogo, no longo prazo, é inevitável. Decisões são tomadas e problemas concretos resolvidos, mas os mesmos temas são reprocessados pela comunidade política. Essa constatação trivial traz um elemento surpreendentemente novo para a reflexão sobre o papel e legitimidade do controle de constitucionalidade." (MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit. p. 168-169).

O diálogo pacífico se dá no consenso e sem um alto grau de belicosidade, é uma interação tendente a uma adequação¹⁶⁵ de posições ao pensamento de cada instituição e, por óbvio, a adequação da interpretação constitucional. Nesse tipo de diálogo os ônus listados no subtópico anterior são bastante reduzidos.

Essa interação, normalmente, ocorre dentro de uma mesma rodada procedimental. Aliás, o seu fomento deve ser louvado, porque possibilita decisões com possibilidade maior de acerto e de maior durabilidade. Um diálogo pautado no consenso também pode ocorrer em uma nova rodada procedimental, mormente quando há uma adequação legislativa ou uma mudança na jurisprudência de uma corte¹⁶⁶.

Já o diálogo ofensivo será aqui chamado de diálogo “Thrust-and-parry”¹⁶⁷. A ideia do “Thrust-and-parry” foi proposta por Llewelyn (realista americano) numa ideia de “jogo concertado (“thrust-and-parry” – estocadas-e-bloqueios) de deslocamentos entre um esforço construtivo na argumentação de fundamentação [...]”¹⁶⁸.

Essa relação de estocada-e-bloqueio pode ser ilustrativa para demonstrar o fenômeno dos ataques e contra-ataques no diálogo entre o legislativo e o judiciário, mormente quando não há um consenso mínimo entre as instituições.

Dessa forma, quando o legislativo aprova uma lei e ela é declarada inconstitucional pelo judiciário, temos aí uma relação de “ataque”, já que a inconstitucionalidade deve ser a exceção, posto que os atos e leis gozam de uma presunção de constitucionalidade.

Ao seu turno, existe a possibilidade do legislativo iniciar uma nova rodada procedimental sobre a matéria com a propositura de um Projeto de Emenda Constitucional, temos aí uma resposta com um bloqueio, de pronto seguido por uma nova estocada (“counter-riposte”).

¹⁶⁵ Sobre essa tendência de acomodação e prudência no diálogo dentro de uma rodada procedimental: “[...] acomodações prudenciais e flutuações de legitimidade são um fenômeno que os Federalistas arquitetaram e pesquisas empíricas comprovaram. Poderes usam de prudência para testar até onde podem ir. Trata-se de um juízo de ocasião e de medida. O retrato da separação de poderes é, a cada momento, diferente. Não se participa de modo bem sucedido desse jogo sem as qualidades, nas palavras de Bickel, de um “animal político.” (MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit. p. 183).

¹⁶⁶ O instrumento do *overruling*, presente na nova sistemática processual civil brasileira, pode ser utilizado como um vetor desse diálogo legislativo – judiciário.

¹⁶⁷ Vide nota de rodapé 77.

¹⁶⁸ OITAVEN, Daniel. Op. Cit. p. 27.

O diálogo “Thrust-and-parry” costuma ocorrer quando uma nova rodada procedimental é aberta, mediante um desacordo político com a última decisão proposta. Essa espécie de diálogo costuma ter uma carga de beligerância maior, além de um custo político temporal muito maior e por isso é mais ligada à vontade institucional.

No Brasil, essa relação dialógica, mormente quando inserido no fenômeno da judicialização da política encontra algumas peculiaridades de ordem acadêmica, cultural e histórica. As categorias teóricas acima propostas podem ser aplicadas no sistema constitucional brasileiro, não sem antes sobrelevadas algumas peculiaridades.

A engenharia institucional brasileira, disposta constitucionalmente, prevê a separação dos poderes (independentes e harmônicos), ou seja, o diálogo é condição estrutural do arranjo constitucional brasileiro. Porém, as rodadas procedimentais no Brasil apresentam alguns custos políticos próprios.

O primeiro deles é o já citado custo temporal, posto que os processos legislativos são, em regra, demorados (razões políticas), bem como os processos judiciais (em razão da demanda e do dever especial de argumentação). Assim, uma rodada que culmina numa última palavra decisória pode se prostrar por um longo período de tempo.

Outro custo é o cultural. Há no país, ao menos no inconsciente coletivo da sociedade, um crédito maior ao judiciário do que ao legislativo. Em recente pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública (IBOPE) o nível de confiança no Poder Judiciário foi mais que o dobro da confiança no Congresso Nacional (Poder Legislativo)¹⁶⁹.

Dessa desconfiança social cresce certa teoria constitucional de bases utilitaristas que confere ao judiciário o papel de Salvador nacional, entretanto, tal postura, a par de “solucionar” as demandas no curto prazo, prejudica, no longo prazo o amadurecimento das demais instituições e o esvaziamento de espaços mais democráticos.

¹⁶⁹ IBOPE. **Instituições políticas perdem ainda mais confiança dos brasileiros**. 2015. Disponível em <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicoes-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>>. Acesso em 8 de agosto de 2017.

Sobre esse panorama brasileiro, Vinicius Poli, com influência do pensamento de Mangabeira Unger, disserta:

Baseada em promessas pomposas, a teoria constitucional brasileira tem expressado algumas facetas de um dos principais alvos combatidos nesse artigo: o segundo segredinho sujo identificado por Mangabeira Unger na teoria jurídica contemporânea. Evidenciado na criação “incessante de limitações à regra da maioria” e, conseqüentemente, na “hipertrofia de práticas e estruturas” que lhe são contrárias, no abandono “da reconstrução institucional a momentos raros e mágicos de recriação nacional”, na oposição a todo tipo de “reforma institucional, principalmente aquelas concebidas para elevar o nível de engajamento político popular, como ameaças ao sistema de direitos”, no esforço para obter judicialmente “os avanços que a política popular não consegue produzir”, e, fundamentalmente, na compreensão da política como “uma fonte subsidiária e derradeira da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos métodos mais sofisticados de resolução jurídica de controvérsias se aplica”, o desconforto com a democracia apresenta-se como um sentimento dominante em nossa cultura jurídica, ampliador daquele senso comum.¹⁷⁰

Desse quadro de desilusão, a judicialização da política influencia, sobretudo em longo prazo, na má-formação e fragilização das demais instituições democráticas diante das demandas sociais, problemática que o que deveria ser encampado com a luta política e o engajamento da população nos espaços políticos – retirando o monopólio da política do Estado –, é, no Brasil, “alcançado” com decisões judiciais.

Assim, quando se fala em diálogo no Brasil, outros fatores devem ser considerados. Acrescente-se a lista, uma espécie de ideal utilitarista¹⁷¹ que desloca o polo de tensão social para o judiciário, através de um ideal de “otimização” que, entretanto, só consegue visualizar o problema concreto do caso em específico, sem compreender (ou deixando na omissão) as repercussões estruturais de uma

¹⁷⁰ POLI, Vinicius. Op. Cit. p. 357.

¹⁷¹ Um exemplo clássico de pensamento de tez utilitarista sobre a expansividade do judiciário pode ser extraído do seguinte trecho do professor e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso: “O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127).

crescente tendência de judicialização da política cada vez maior, quase que numa substituição do legislativo e do executivo, pelo judiciário.

No diálogo institucional brasileiro o legislativo sai em desvantagem por sua maior desconfiança social, d'outro lado há no judiciário uma necessidade midiática cada vez maior de amparo social, o que prejudica, ainda mais, a sua tentativa de imparcialidade.

Dentre da classificação acima proposta, que tem uma pretensão generalista, pode-se dizer que, no Brasil, embora a maior parte dos casos seja de um diálogo pacífico, a incidência de novas rodadas procedimentais de decisão em face de outra rodada anterior tem sido cada vez mais frequente.

Essa frequência do diálogo brasileiro “Thrust-and-parry” é propiciada, dentre outros fatores: (i) por uma pluralidade de grupos de pressão com legitimidade para propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁷², bem como uma pluralidade de grupos de interesses institucionalizados, como são os casos dos Partidos Políticos¹⁷³; (ii) uma doutrina e formação jurídica nacional de bases utilitarista que fomentam o fenômeno da judicialização da política no Brasil; (iii) um sistema de controle de constitucionalidade “forte”; e (iv) por uma deficiência no diálogo “pacífico”, que antecede uma decisão (legislativa ou judiciária) dentro de uma mesma rodada procedimental, bem como as dificuldade internas, sobretudo no judiciário (o STF, como exemplo) de um diálogo entre seus membros (caracterizada pela metáfora das “onze ilhas”)¹⁷⁴ para uma posição externa mais coesa¹⁷⁵.

¹⁷² “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 Assembléia 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;” (BRASIL. Constituição (1988). Op. Cit.)

¹⁷³ Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) o Brasil tem hoje 35 partidos políticos registrados oficialmente. TSE. **Partidos Políticos** registrados no tse. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

¹⁷⁴ “A imagem das ilhas é muitas vezes usada como metáfora para retratar o isolamento dos integrantes de um órgão colegiado durante o processo decisório. Há a expectativa de que os membros de um tribunal atuem em conjunto e que suas decisões tenham consistência argumentativa, clareza e completude – ou pelo menos que elas sejam convincentes tanto para os próprios julgadores, quanto para o público externo. [...] Podemos, então, detalhar a questão das ilhas e

Por fim, como exemplo recente de um diálogo institucional no Brasil, cita-se, ilustrativamente, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983/CE, pelo STF¹⁷⁶ e a Proposta de Emenda Constitucional nº 304/2017¹⁷⁷, que se converteu na Emenda Constitucional (EC) nº 96¹⁷⁸. O caso é ilustrativo e pode servir como teste para a classificação dos diálogos inserida acima.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a ADI nº 4.983, ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR) contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a prática da vaquejada como elemento desportivo e cultural no Estado.

esclarecer sua ambiguidade. Três críticas são frequentemente veiculadas quando se usa a metáfora das onze ilhas: (i) primeiro, a dificuldade em se encontrar uma maioria decisora clara, principalmente em casos de divergência acentuada; (ii) segundo, a inexistência de uma maioria fundamentadora em alguns casos, em razão da ausência de fundamentos adotados pela maioria dos ministros da corrente vencedora; (iii) terceiro, a dificuldade em se encontrar a maioria fundamentadora acaso existente, o que ocorre principalmente quando vários votos no mesmo sentido são juntados ao acórdão. A multiplicidade de declarações de voto, ainda que veiculando os mesmos fundamentos, representa em si uma dificuldade para que se encontre a opinião do tribunal. Em outras palavras, demanda um esforço de leitura e interpretação que, como ressalta a crítica à questão das ilhas, poderia ser evitado caso o desenho institucional da corte fosse outro. (KLAFKE, Guilherme Formá; PRETZEL, Bruna Romano. **Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**. vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104, p. 91 e 93).

¹⁷⁵ “Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, (...) esbarramos numa outra dificuldade: argumentos ‘do tribunal’ quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros. E por que isso deveria nos preocupar?” (MENDES, Conrado Hubner. **Onze ilhas**. Folha de São Paulo. 2010, 1 de fevereiro, p. 3).

¹⁷⁶ Inteiro teor do julgamento disponível em: STF. **Andamento processual**. < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> > Acesso em 20 de agosto de 2017.

¹⁷⁷ Inteiro teor da proposta disponível em: BRASIL. CÂMARA FEDERAL. **Proposições legislativas** < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F95E2A9E0D7CC47F3A5E9195AF0A2EC.proposicoesWebExterno2?codteor=1526657&filename=Avulso+-PEC+304/2017 > Acesso em 20 de agosto de 2017.

¹⁷⁸ “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

“Art. 225 [...] § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.” (BRASIL. **Emenda Constitucional nº 96/2017**. Congresso Nacional. de 07 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm > Acesso em 20 de agosto de 2017.

O julgamento ocorreu por maioria de votos, seguindo o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio. O tribunal considerou que a prática tem uma “crueldade intrínseca” submetida aos animais na vaquejada. O sentido principal do voto relator (vencedor) considerou que o dever de proteção ao meio ambiente (artigo 225, da Constituição Federal) está acima dos valores culturais da atividade desportiva¹⁷⁹.

O julgamento definitivo¹⁸⁰ da ação ocorreu no dia 6 de outubro de 2016. Apesar da maioria dos ministros votarem pela inconstitucionalidade da citada lei, é possível – embora não predominante – visualizar que na justificação da decisão foram considerados argumentos de diálogo com o legislativo, a exemplo do excerto do voto (divergente) do Min. Gilmar Mendes, onde se lê tanto indícios de um diálogo interno (jurisprudência do tribunal) e do diálogo “pacífico” com argumentos legislativos, respectivamente:

Data maxima venia, a vaquejada é demasiadamente diferente dos casos julgados por esta Corte envolvendo a “farrá do boi” (RE 153.531, Rel. Min. Francisco Rezek, Red. p/ Ac. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 13-03-1998) ou a “rinha de galo” (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 29.6.2007), nos quais a crueldade é ínsita à própria manifestação, as quais visam, sabida e conscientemente pelos atores, ao desforço de sofrimento e mutilação e/ou morte dos animais.¹⁸¹

Nos últimos 20 anos veio se modernizando e profissionalizando tornando-se reconhecida como esporte através da Lei Pelé (Lei nº 9.615, de 1998), que elevou o peão à categoria de desportista, garantindo a ele benefícios como seguro de vida e ditando regras quanto ao contrato profissional. Esta lei foi regulamentada pela Lei Federal no 4.495/98, de autoria do deputado Jair Meneghelli (PT-

¹⁷⁹ As informações podem ser obtidas de forma resumida na notícia disponível em: STF. **Notícias de julgamentos**. < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

¹⁸⁰ O julgado tem a seguinte ementa: “PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.893/CE**, Pleno do STF, Brasília, DF, Julgamento em 6 de Out. de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 agosto de 2017).

¹⁸¹ Ibidem, p. 136.

SP), que regulamenta os rodeios (e vaquejada) no País, permitindo o uso de “sedém” e esporas no rodeio. Esta lei, aprovada pelo Congresso Nacional, equiparou o peão de boiadeiro a atleta profissional, em vigor desde abril de 2001. (...) Em cerimônia realizada no jardim do Palácio da Alvorada, com direito a música sertaneja ao vivo, dança catira, chapéus ao ar e sessão de fotos, o presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou no dia 17 de julho de 2002, a lei que regulamenta a realização de rodeios e vaquejadas, considerados como esporte, estabelecendo normas sanitárias para a proteção dos animais nos eventos.¹⁸²

O Congresso Nacional, através da pressão de diversos grupos de interesse ligados à prática da vaquejada apresentou um rápido contra-ataque. A PEC 304/2017, do Senador Otto Alencar (PSD-BA) adicionou um parágrafo ao artigo 225 da Constituição, no sentido de que não se classifiquem como “cruéis as práticas esportivas com animais reconhecidas na categoria de manifestações culturais”¹⁸³.

O caráter de contra-ataque (ou diálogo “Thrust-and-parry” – estocada-e-bloqueio) fica nítido quando a própria justificativa da EC nº 96/2017 dispõe que:

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983, declarou inconstitucional a Lei Estadual n.15.299, de 08 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que dispunha sobre a prática da vaquejada. Apesar de inicialmente reconhecerem o valor cultural da vaquejada, entenderam os Ministros, por maioria de votos, que sua prática, notadamente na sua modalidade esportiva, ainda que realizada em contexto cultural, é inconstitucional, porque fere o direito ao meio ambiente, inserto no art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal. A questão de mérito pautou-se na necessidade de proteção da fauna e no bem-estar animal como direito coletivo difuso que se sobrepõe à proteção conferida às manifestações culturais.

A margem estreita do resultado, com apenas um voto de maioria, demonstra que o tema está longe de alcançar consenso, divergências que ultrapassam o foro do Tribunal. E a força vinculante que resulta dessa decisão, permitindo que a vedação à realização das vaquejadas se estenda para todas as regiões do Brasil, a despeito do debate popular, representa verdadeiro extermínio da herança secular do modo de viver e de fazer dos vaqueiros e sertanejos.¹⁸⁴

¹⁸² Ibidem, p. 135.

¹⁸³ Disponível em: BRASIL. SENADO FEDERAL. **Pec da Vaquejada é aprovada e vai a promulgação.** <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/01/pec-da-vaquejada-e-aprovada-na-camara-e-vai-a-promulgacao>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

¹⁸⁴ BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional nº 304/2017.** Congresso Nacional. de 06 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F95E2A9E0D7CC47F3>

Evidente, portanto, aí, o diálogo “estocada-e-bloqueio”, conforme proposto na classificação acima, demonstrando que, no arranjo da separação de poderes não existe uma última palavra, a não ser que seja provisória, a exemplo da decisão do STF ilustrada acima. Demonstra-se, também, a possibilidade da abertura de uma nova rodada procedimental¹⁸⁵, que, a exemplo da situação acima, culminou com a EC nº 96.

A5E9195AF0A2EC.proposicoesWebExterno2?codteor=1526657&filename=Avulso+-PEC+304/2017> Acesso em 20 de agosto de 2017.

¹⁸⁵ Inclusive, a palavra do Congresso Nacional não pode ser a última, pois grupos de interesse (ambientais) já estão se mobilizando para levar a situação ao Judiciário novamente. Vide: CONJUR. **Entidade de defesa dos animais**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-19/entidade-defesa-animais-stf-pec-vaquejada>> Acesso em 2 de agosto de 2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre as instituições no bojo do sistema da separação de poderes carrega uma alta complexidade que, em geral, não consegue ficar adstrita a uma divisão estanque de competências típicas ou atípicas de cada Poder.

Diante dessa engenharia constitucional de funcionalidade complexa, o que se extrai, como pressuposto conclusivo, é o reconhecimento de uma complexidade no arranjo dos Poderes constitucionais e a necessidade de analisar a judicialização da política como reflexo dessa estrutura, não apenas como um mero produto dessa separação, mas que também condiciona a interação entre os Poderes.

Assim, entendida essa situação do sistema da separação de poderes, o trabalho faz uma readequação de tons (pró e contra judiciário/legislativo) para visualizar de forma crítica a relação entre os Poderes, com o recorte nos Poderes Legislativo e Judiciário¹⁸⁶, evitando aparentes conclusões “apaixonadas” ou impregnadas de afãs utilitaristas (e as seduções de conclusões em curto prazo ou de “micro realidades”).

Desse jeito, reputa-se como um dos pontos centrais do presente trabalho monográfico o desenvolvimento de um arcabouço conceitual, ou melhor, da adoção de uma metodologia conceitual, com esteio na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein, especialmente da segunda fase de seu pensamento.

A adoção dessa matriz linguística proporciona um giro na análise para a compreensão da relação entre o legislativo e o judiciário no fenômeno da judicialização da política, conforme duas principais dimensões da linguagem, a semântica e a pragmática, ou seja, um quebra de posições metafísicas ou puristas para uma visão contextual, na qual a resposta só pode ser proferida em uma determinada situação espaço-temporal, já que a pragmática (espectro contextual) influenciaria os significados conferidos pela semântica (espectro descritivo das proposições).

A fixação desses elementos linguísticos possibilitou a adoção de uma teoria “histórica dos conceitos”, proposta pelo historiador alemão Reinhart Koselleck, que elabora um mecanismo de “filtro” estrutural das proposições comunicativas e opera

¹⁸⁶ O trabalho não envolve no debate o Poder Executivo, por entender que o debate da judicialização da política afeta, mais diretamente, os Poderes Legislativo e Judiciário.

uma diferenciação entre a simples disposição de palavras e a estruturação de um conceito, este último que perpassa, justamente, pela sua polissemia, diante da influência da “dimensão pragmática” da linguagem.

Com base nessa metodologia da “história dos conceitos” é que se conclui pela impossibilidade de se analisar, tanto a judicialização da política quanto a relação entre o legislativo e o judiciário, sem a compreensão das estruturas que a condicionam e possibilitam a sua significação. Ressalva-se, ainda, o cuidado do recorte espaço-temporal do trabalho. Dessa feita, diferencia-se o recorte acadêmico e sua viabilidade de pesquisa com o objeto em si, visto que os recortes temporais são, aqui, meramente didáticos e com o fito de se aplicar, com mais facilidade, a dimensão pragmática da linguagem.

Ademais, essa estrutura linguística e conceitual de privilégio da dimensão pragmática da linguagem possibilita a adoção de uma “lente” de pesquisa crítica. Crítica num sentido pelo qual todas as proposições devem passar, a todo o momento, pelo crivo da desconfiança e do teste empírico, evitando-se tomadas de posição *aprioris*.

Neste ponto, sem nenhuma pretensão de neutralidade e reservada a postura crítico-militante, há um autocontrole de se testar todas as teses e posições com o filtro da desconfiança mútua. Este, inclusive, é o resultado da estrutura metodológica do trabalho, que procurou trazer, quase sempre, as posições em debate sobre os temas pesquisados.

Assim, propõe-se três eixos conclusivos, que se intercalam: (i) o fenômeno da judicialização da política no contexto da separação de poderes; (ii) a separação de poderes e as tendências, no âmbito do fenômeno abordado, de prevalência de protagonismo do judiciário, do legislativo ou do diálogo sem prevalência entre os Poderes; e, por fim, (iii) a adoção de uma teoria do diálogo institucional como fato e seus elementos constitutivos.

A judicialização da política no contexto da separação de poderes se apresenta como um fenômeno, ou seja, um elemento que pertence à estrutura e conformação do arranjo interinstitucional (o que implica na inserção de questões históricas, sociais, políticas, culturais e temporais para análise situacional).

Entende-se a judicialização como um fenômeno, em seu sentido de constância estrutural e distingue-se a ocorrência desse fenômeno (estrutural) com a possibilidade de posturas judicializadoras da política – que conclui-se que seriam possíveis e visualizáveis desde quando houve uma diferenciação dos papéis do legislativo e do judiciário e a necessidade de exposição argumentativa (contexto de justificação) das decisões deste.

A compreensão estrutural da judicialização da política retira (ou diminui) a vontade de cada Poder frente à caracterização do fenômeno, sendo que essa diminuição do elemento volitivo de cada poder consiste na diferença mais acentuada da judicialização da política e do ativismo judicial (atrelado a uma postura – ação – do judiciário).

A compreensão estrutural não afasta a preocupação, especificamente brasileira, do papel da relação de expansividade do judiciário brasileiro e a crítica as disfuncionalidades que dela decorrem. Porém, tal compreensão possibilita enxergar – com desconfiança para – o problema e notar que a judicialização da política, em si, não é um problema (maior), já que está inserida na arquitetura constitucional.

Pela sua existência, foi proposta a necessidade de uma responsabilidade do judiciário, que seria uma responsabilidade político-argumentativa. A responsabilidade é política, porque não se separa o judiciário, enquanto Poder, da organização política que lhe é constitutiva e lhe circunda, o que não se confunde com uma responsabilização política direta pelo resultado de suas decisões. Ao revés, a responsabilidade política consiste no seu dever argumentativo, um dever do argumento e não no argumento (no conteúdo argumentativo).

A defesa de uma responsabilidade política-argumentativo representa e indicia a posição acreditada no trabalho da existência de um diálogo constante entre os Poderes, da qual a judicialização da política se refere à parte desse diálogo.

Nesses termos, o fenômeno da judicialização da política se insere e ajuda no desvelar da relação entre o legislativo e o judiciário. Assim, o trabalho, realiza uma esquematização dos argumentos favoráveis – e glosas críticas – a uma atuação prevalente do judiciário nos debates constitucionais (e políticos), repetindo essa metodologia à prevalência do legislativo e, por fim, introduzindo teses de proposições de uma relação sem prevalência, uma relação dialógica.

Após esse empreendimento de caráter muito mais descritivo, toma-se partido por um diálogo institucional, seguindo categorias teóricas e conclusões de Conrado Hubner Mendes, pela insuficiência de tendências meramente pró ou contra a atuação do legislativo ou do judiciário, visando à demonstração que essas tendências têm um pressuposto empírico e normativo equivocados, que consiste na defesa da prerrogativa de quem proferirá a “última palavra” no debate constitucional.

Esse “tomar partido” é muito menos uma escolha normativa e mais um imperativo empírico do quadro exposto pela estrutura da separação de poderes de uma forma em geral. A tendência dialógica, portanto, rompe com o paradigma da existência de uma “última palavra” enquanto tal – questionando chavões discursivos (ou lugares comuns argumentativos¹⁸⁷) – e propõe a existência, na verdade, de “últimas palavras provisórias”, possíveis em cada “rodada procedimental de deliberações”, rodadas essas que podem sempre ser reabertas – observados os seus custos temporais, materiais e argumentativos.

O diálogo institucional é proposto como “fato” na relação entre o legislativo e o judiciário, onde se insere a judicialização da política matizada com outros elementos. O trabalho, no entanto, busca, ainda que de forma genérica, destrinchar as formas desse diálogo em dois grandes grupos: o diálogo “pacífico” e o diálogo “Thrust-and-parry”.

Assim, o diálogo “pacífico” (ou preventivo) ocorre como fato da própria separação de poderes e, em geral, dentro de uma mesma “rodada procedimental de deliberação”, é um diálogo que não apresenta muitos custos (materiais, temporais e etc.). É o diálogo “comum” e corriqueiro que tende à acomodação e harmonia entre os Poderes. Já o diálogo “Thrust-and-parry” (estocada-e-bloqueio) representa um diálogo mais agressivo, numa relação de ataque e contra-ataque entre os Poderes, de resposta a uma “última palavra provisória” com outra “última palavra provisória”.

As duas formas de diálogos estão inseridas no contexto da judicialização da política, mas possuem graus e intensidades de consequência diferentes e se prestam, também, a funções diferentes na engenharia constitucional, desde um diálogo comum e tendente à adequação até um diálogo mais bélico, porém, dentro

¹⁸⁷ A exemplo do judiciário como “guardião” da constituição; do legislativo como “espelho da vontade popular pela representação eleitoral”; ou das dicotomias “maioria” e “minoridade”, “contramajoritarismo” e “racionalidade minoritária”.

de suas especificidades, essencial para a contenção de poderes, em especial para a quebra do paradigma da “última palavra definitiva”.

Dessa forma, compreender o fenômeno da judicialização enquanto “fato”, bem como a existência de um diálogo institucional e as impossibilidades da existência de uma “última palavra somente provisória” no debate entre os poderes, significa, antes de uma reprodução do estado da arte existente, um alicerce com bases mais realistas, críticas e menos ingênuas sobre a relação entre o judiciário e o legislativo.

Assim, especialmente num país de desenvolvimento tardio (inclusive constitucional) como o Brasil, com instituições em amadurecimento no contexto democrático e ainda repleta de velhos ranços autoritários, o que se impõe dessa situação é uma estrutura teórica que descreva o panorama, sem afãs utilitaristas, e possibilite uma posição de desconfiança institucional ampla para, consciente das limitações e capacidades de cada instituição, propor um diálogo cada vez mais maduro, sem a hipertrofia de um polo em detrimentos de outro(s).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENSAÏD, Daniel. **Le scandale permanent**. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Démocratie, dans quel état?* Paris: La Fabrique, 2009.

BICKEL, Alexander. **Foreword: The Passive Virtues**, Harvard Law Review, v.75, 1961.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

BRASIL. CÂMARA FEDERAL. **Proposições legislativas** <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F95E2A9E0D7CC47F3A5E9195AF0A2EC.proposicoesWebExterno2?codteor=1526657&file name=Avulso+-PEC+304/2017 > Acesso em 20 de agosto de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 96/2017**. Congresso Nacional. de 07 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm > Acesso em 20 de agosto de 2017.

BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional nº 304/2017**. Congresso Nacional. de 06 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F95E2A9E0D7CC47F3A5E9195AF0A2EC.proposicoesWebExterno2?codteor=1526657&file name=Avulso+-PEC+304/2017> Acesso em 20 de agosto de 2017.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Pec da Vaquejada é aprovada e vai a promulgação**. <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/01/pec-da-vaquejada-e-aprovada-na-camara-e-vai-a-promulgacao>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.893/CE**, Pleno do STF, Brasília, DF, Julgamento em 6 de Out. de 2016. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 agosto de 2017.

BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**. Cambridge: MIT Press, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política**, São Paulo: EDUSP, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CHUERI, V.; GODOY, M. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, 2010.

CONJUR. **Entidade de defesa dos animais**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-19/entidade-defesa-animais-stf-pec-vaquejada>> Acesso em 2 de agosto de 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (orgs.). **Direito e Argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DAMASCENO, João Batista. **Judiciário como poder: judicialização da política, politização da justiça e pessoalização da jurisdição**. Rio de Janeiro: UFRJ-IFCS/PPGCP, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo [revisão da tradução de Fernando Santos; revisão técnica de Alonso Reis Freire]. 1a ed. São Paulo Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELMAUER, Douglas. **Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno**. Revista Direito Unb, p. 11-44, v. 2, 2016.

ELY, John Hart. **“Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review”**, Maryland Law Review, v. 37, 1977.

FAUTH, Matheus de Andrade. **A judicialização da política no Brasil : uma análise do fenômeno à luz da integridade**. – Salvador: [s.n], 2013. 124 f.: Il. Trabalho de

conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton University Press. 1988).

FREITAG, Bárbara. **A Teoria Crítica: Ontem e Hoje**. 3. ed. São Paulo, 1990.

FREUD, Sigmund (1912-1914). **Totem e tabu**. Rio de Janeiro: Imago, 1980. (ESB, v. 13).

FRIEDMAN, Barry. “**Dialogue and Judicial Review**”, Michigan Law Review, v. 91, 1993.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**, Yale University Press, 1969.

GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial**. Barcelona: Editorial Ariel S. A. 1996.

HAMILTON, A., MADISON, J. e JAY, J. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

IBOPE. **Instituições políticas perdem ainda mais confiança dos brasileiros**. 2015. Disponível em <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicoes-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>>. Acesso em 8 de agosto de 2017.

JASMIN, Marcelo Gantus; FERESJÚNIOR, João. (Orgs.) **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Col. Os Pensadores).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. – 7. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. **Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**. vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104.

KOSELLECK, Reinhart. **Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989. [trad. port. Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LENDA de Ariadne na Mitologia da Grécia Antiga. 2010. Disponível em: <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/MGAriadn.html>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboços de uma teoria geral**. São Paulo: Editora Vozes. 1 ed. 2016.

MANIN, Bernard. **The Principles of Representative Government**. Cambridge University Press. 1997.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: Revista Novos Estudos nº 58. CEBRAPE. p. 183- 202. Novembro de 2000.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Acesso em: 2017-07-15.

MENDES, Conrado Hubner. **Onze ilhas**. Folha de São Paulo. 2010, 1 de fevereiro.

MICHELMAN, Frank I. **Constitutional Authorship**. In: L. Alexander, (org.), *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, pp.64-98 Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OITAVEN, Daniel. **A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos: as aporias vinculação/discricionariade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranóia mútua entre autopoiese e desconstrução**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

ORTEGA Y GASSET, José; MARÍAS, Julian. **Meditações do Quixote**. São Paulo: Ibero-Americano, 1967.

PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Duke University Press, 2004.

POLI, Vinicius. **Quem deve ser o detentor da última palavra, judiciário ou legislativo?** Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 2: 355-380, jul./dez. 2015. Disponível em:

<<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2c9d0aad05d4affd3fff862f2ea5b9df.pdf>>. Acesso em 30 de julho de 2017.

RANCIÈRE, Jacques. **Les démocrates contre la démocratie**. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Démocratie, dans quel état?* Paris: La Fabrique, 2009.

ROACH, Kent. **The Supreme Court Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Carolina Academic Press law casebook series. Irwin Law, 2001.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. 2011. 212 f., In. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito da Ufba, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10792/1/Mauricio Santana.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10792/1/Mauricio%20Santana.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2017.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STF. **Andamento processual**. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

STF. **Notícias de julgamentos**. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos sociais em *terrae brasilis***. Revista Brasileira de Direito Constitucional 4, 272-308, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar A“Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? In **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 162. Acesso em 20 de julho de 2017.

STRECK, Lenio. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermeneutica. Unisinos. _____; Rocha, L Severo (orgs), 2005.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. 1. ed. Piracicaba: EDITORA UNIMEP, 2005.

THOMASSEN, Lasse. **Deconstructing Habermas**. Londres/Nova York; Routledge, 2008.

TSE. **Partidos Políticos** registrados no tse. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. 2015. 415 f., In. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**/Oscar Vilhena Vieira. - Imprensa: São Paulo, Malheiros, 1999.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.108, p.651-696, jan/dez, 2013, p. 667. Acesso em 22 de jul. 2017.

WALDRON, Jeremy. **“The core of the case against judicial review”**, Yale Law Journal, v. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. **“The Dignity of Legislation”**, Oxford University Press. 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WHITTINGTON, Keith. **“Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses”**, North Carolina Law Review, v. 80, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell Publishing, 2001.