UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Programa de Pós-graduação em Direito

Marco Antônio Nicolato Medírcio

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, RAZÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA:
A impossibilidade de uma resposta institucional ao ativismo judicial.

Ouro Preto
2020

Marco Antônio Nicolato Medírcio

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, RAZÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA:

A impossibilidade de uma resposta institucional ao ativismo Judicial.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos

Orientador: Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes

Ouro Preto

2020

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

M491j Medircio, Marco Antonio Nicolato .
Judicialização da política, razão pública e democracia [manuscrito]: a impossibilidade de uma resposta institucional ao ativismo Judicial. / Marco Antonio Nicolato Medircio. - 2020.
126 f.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes.
Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro Preto. Departamento de Direito. Programa de Direito.
Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. Judicialização da política. 2. Poder judiciário e questões políticas . 3. Julgamentos - Razão pública. 4. Democracia deliberativa. 5. Diálogos institucionais. I. Arantes, Bruno Camilloto. II. Universidade Federal de Ouro Preto. III. Título.

CDU 34

Bibliotecário(a) Responsável: Maristela Sanches Lima Mesquita - CRB: 1716

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

Marco Antônio Nicolato Medírcio

Judicialização da política, Razão Pública e Democracia: A Impossibilidade de uma resposta institucional ao ativismo judicial

Membros da banca

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes (Orientador)
Prof. Dr. Mário Nogueira de Oliveira (UFOP)
Prof. Dr. Ramon Mapa da Silva (UNIPAC)

Versão final
Aprovada em 13 de março de 2020.

De acordo.

Professor (a) Orientador (a)

Documento assinado eletronicamente por **Bruno Camilloto Arantes**, **PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 18/03/2020, às 11:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 , informando o código verificador **0044365** e o código CRC **EF2C8950**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.002637/2020-80 SEI nº 0044365

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

À Marcela, ao Gabriel e ao Matheus.

Meus agradecimentos à Marcela, esposa e mãe incansável, por sua força e apoio em todas as circunstâncias da vida, por ser o farol que me guia e a motivação para a luta.

À Neila Brazil por sua fé e ajuda nos momentos necessários.

Ao trio fantástico, Arisio, Andressa e Emely, aos colegas Henrique, Priscilla, Rian, Michelle, Gabrielle, Thiago e Roberta, pelas discussões produtivas e críticas construtivas, além do apoio e da certeza de que, na ocasião em que fosse necessário, poderia contar com a força de vocês. A mesma exigida daqueles espíritos de boa vontade para enfrentar a realidade e propor mudanças para uma sociedade mais justa, melhor do que esta, imbuída no ódio!

A todos que sempre se mostraram dispostos a ajudar, Ramon Mapa da Silva, Felipe Comarella Milanez, Soraia da Conceição das Graças Bento e Ludmilla Camilloto.

Ao meu orientador Bruno Camilloto, sem o qual isso não seria possível.

A Constituição é um instrumento leigo de governo, não um contrato elaborado por advogados

(Franklin Delano Roosevelt)

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, RAZÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA:

A impossibilidade de uma resposta institucional ao ativismo judicial.

JUDICIALIZATION OF POLICY, PUBLIC REASON AND DEMOCRACY:

The impossibility of an institutional response to the judicial activism.

Resumo: A judicialização da política é um fenômeno global, resultante dos deslocamentos da centralidade do poder a partir dos novos paradigmas do Estado de Direito. A figura do exegeta "boca da lei" cedeu lugar para um Poder Judiciário comprometido com as questões políticas da sociedade, em razão das novas configurações sociais. A constituição de 1988 representou um marco na história democrática brasileira, adotando um extenso rol de direitos e condições estruturais para que o cidadão pudesse exercer a sua autonomia e participar democraticamente na construção das políticas públicas. A par disso, estabeleceu um amplo acesso ao Poder Judiciário e um sistema complexo de *judicial review* incorporando os modelos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos. Os novos arranjos institucionais, contudo, favoreceram uma atitude ativista, contrária à razão pública e aos propósitos democráticos da Constituição. A pesquisa revelou que não existe uma resposta normativa e institucional contra determinadas decisões ativista do Poder Judiciário, especialmente aquelas que têm por finalidade alcançar um resultado político no tempo ou que representem em si uma desconsideração às leis ou aos dispositivos constitucionais já existentes, promovendo uma mutação em seus sentidos normativos. Tampouco é possível uma resposta a partir das teorias dialógicas, sem que se promova uma alteração dos arranjos institucionais. Essa condição revela a necessidade de se repensar a relação entre os poderes e os instrumentos de interação, para que se possa superar as decisões contrárias à razão pública e se possa garantir as pré-condições necessárias para a realização do valor intrínseco da democracia.
Palavras-chave: judicialização da política; ativismo judicial; razão pública; democracia deliberativa; diálogos institucionais.

Abstract: The judicialization of politics is a global phenomenon, resulting from the displacements of the centrality of power from the new paradigms of the rule of law. The figure of the exegete gave way to a judiciary committed to the political issues of society, due to the new social configurations. The 1988 constitution represented a milestone in Brazilian democratic history, adopting an extensive list of rights and structural conditions so that citizens could exercise their autonomy and participate democratically in the construction of public policies. In addition, it established broad access to the judiciary and a complex system of judicial review incorporating the diffuse and concentrated control models of constitutionality of laws and administrative acts. The new institutional arrangements, however, favored an activist attitude, contrary to public reason and the democratic purposes of the Constitution. The research revealed that there is no normative and institutional response against certain activist decisions of the judiciary, especially those aimed at achieving a political outcome over time or in themselves disregarding existing laws or constitutional provisions, promoting a mutation in their normative senses.

Nor is a response possible from dialogical theories without a change in institutional arrangements. This condition reveals the need to rethink the relationship between the powers and instruments of interaction so that decisions contrary to public reason can be overcome and the necessary preconditions for the realization of the intrinsic value of democracy can be guaranteed.
Keywords: judicialization of politics; judicial activism; public reason; deliberative democracy; institutional dialogues.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 10

2. RAZÃO PÚBLICA, ELEMENTOS ESSENCIAIS, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO.... 16

2.1 Judicialização da política e ativismo judicial 16

2.2 A ideia de Razão Pública de Rawls 23

2.3 Relacionando a judicialização da política e o ativismo com a Razão Pública 26

3. LIMITES IMPOSTOS PELA DEMOCRACIA DELIBERATIVA 34

3.1 A última palavra segundo Rawls 34

3.2 Uma crítica à teoria de Rawls 41

3.3 A teoria de Carlos Santiago Nino 47

3.3.1. Tensões do constitucionalismo, paradoxos da indeterminação e superfluidade 48

3.3.2. Valor epistêmico da democracia 54

3.3.3. Judicial review 59

3.4 Aproximando as teorias 63

4. A EXPANSÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E O ATIVISMO... 67

4.1 Condições globais e nacionais para a judicialização da política 69

4.2 A Participação popular na constituinte de 1987-1988 77

4.3 Judicialização da política, Razão Pública e Democracia 84

4.4 Ativismos 88

4.4.1. Um exemplo de ativismo legislativo 90

4.4.2. Um exemplo de ativismo político 92

4.4.3. Ativismo jurisdicional 95

4.5 Reação às decisões ativistas 98

5. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS 101

5.1 Modelos estrangeiros 103

5.2 A teoria dialógica no Brasil 106

5.3 Conclusão a respeito da teoria dialógica 111

6. CONCLUSÃO 114

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 119

1. INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo Moderno[1] trouxe consigo a lógica da separação dos poderes como parte fundamental de uma estratégia de limitação do poder do Estado, conferindo ao indivíduo a possibilidade de exercer o autogoverno, representado na supremacia das leis. O primeiro paradigma do Estado de Direito atribuiu ao Poder Legislativo a função de definir os arranjos institucionais e as condições para o exercício legítimo da coerção, ambos voltados para a garantia da liberdade individual sob condições formais de igualdade. Inicialmente os Poderes Executivo e Judiciário se limitavam à burocracia da administração e à exegese das leis. Contudo, as novas configurações da sociedade passaram a exigir, cada vez mais, respostas concretas para a realização de direitos, bem como novos espaços democráticos para a participação do indivíduo e de grupos nas discussões políticas.

Ao longo da história constitucional é possível observar que uma parcela da sociedade foi invisibilizada por critérios moralmente arbitrários, relacionados com condições econômicas, étnicas e culturais, resultando em uma situação de vulnerabilidade das autonomias individuais de determinados grupos de sujeitos, tanto quanto no aspecto público como no privado. A título de exemplo podem ser citados os idosos, as crianças e adolescentes, os negros, os homoafetivos, os encarcerados, as pessoas com deficiências ou em situação de rua, entre outros. Todos desatendidos em razão da omissão legislativa ou administrativa do Estado, que deixa de regulamentar direitos ou de implementar políticas públicas necessárias à garantia do mínimo essencial. É na luta pelo reconhecimento de direitos que esses 'invisibilizados' se tornam novos sujeitos que buscam o estabelecimento, a garantia e a efetivação de posições jurídicas subjetivas mais favoráveis junto aos poderes, de forma geral, e junto ao Poder Judiciário de forma específica.

Essa retração do Estado exige do Poder Judiciário uma nova postura, que supera a figura do juiz exegeta "boca da lei". A política passa a ser incluída na agenda jurisdicional para a realização daqueles direitos fundamentais reconhecidos no

[1] O Constitucionalismo Moderno representa um movimento intelectual e político que tem início no século XVII, com a Revolução Gloriosa, emergindo no final do século XVIII com uma nova tecnologia: a Constituição. Esse movimento reivindica limites ao poder do Estado, trazendo ao longo de sua história concepções de organização estrutural, incluindo a divisão entre os Poderes, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais e de garantias para o exercício das liberdades individuais necessárias à concretização de um ideal de autogoverno do povo, exercido em condições de igualdade. (MENDES, 2008a, p. 4-6)

constitucionalismo histórico. Porém, essa expansão judicial e o alargamento da judicialização da política criaram um ambiente propício para uma espécie de ativismo do Poder Judiciário que desafia os limites de sua própria razão. O ativismo judicial põe em risco os valores democráticos para os quais a Constituição estabeleceu um amplo sistema de *judicial review* como medida protetiva.

Diante disso, é preciso compreender e diferenciar esses conceitos, para então estabelecer um critério normativo que diferencie as ocasiões em que o Poder Judiciário está atuando de acordo com a sua vocação, daquelas em que está interferindo de maneira ilegítima no espaço dos demais Poderes do Estado. No mesmo passo, é preciso verificar se os desenhos institucionais estabelecidos na Constituição (brasileira) são capazes de conter os avanços operados contra esses limites de sua atuação. O ativismo judicial, da forma como se concebe, contradiz o princípio fundamental de autogoverno, sempre, e na medida em que substitui decisões políticas constitucionalmente válidas dos órgãos vocacionados à representação popular.

Embora a omissão do Estado, em uma sociedade desigual, ou mesmo a imposição de políticas contrárias aos direitos fundamentais, especialmente aquelas que violam direitos das minorias, legitimam uma intervenção do Poder Judiciário, a judicialização da política não pode resultar na asfixia dos valores democráticos. Mas qual é o limiar entre uma situação e outra? Quais soluções podem ser buscadas a partir dos desenhos constitucionais?

O tema central dessa pesquisa está relacionado com a atuação do Poder Judiciário na concretização de uma concepção política de justiça, incluindo os valores que a sociedade pretende resguardar. Envolve, ainda, as relações institucionais dos órgãos de poder do Estado sob o enfoque da Constituição de 1988.

Convém advertir que a análise da atuação do Poder Judiciário, a partir dos desenhos institucionais, comporta diversas abordagens, desde um ponto de vista estritamente hermenêutico a um ponto de vista político. Porém, o que se pretende estabelecer neste trabalho são os limites racionais voltados para a realização de uma concepção política de justiça subscrita pela sociedade e incorporada na Constituição do Estado, sob a perspectiva de uma teoria constitucional e democrática. Utilizou-se, para tanto, uma teoria normativa explicitada no ideal de razão pública de RAWLS como referencial teórico. A partir dele buscou-se estabelecer os limites da atuação do Poder Judiciário sob o enfoque da justificação racional de suas decisões. Utilizou-se, ainda, de uma teoria democrática do campo do Direito explicitada pela concepção de NINO (1996)

a respeito do valor epistêmico da democracia para estabelecer uma compreensão a respeito do valor da democracia e o seu tensionamento com o constitucionalismo histórico.

O tema-problema considera o ativismo judicial dentro de um processo histórico de expansão do Poder Judiciário, que resultou em novos arranjos para a estrutura geral do Estado, e pode ser formulado da seguinte forma: os desenhos institucionais da Constituição de 1988 conseguem conter as decisões judiciais nos limites próprios da razão pública e de um constitucionalismo democrático?

A escolha do ideal de razão pública (RAWLS, 2011) se deve ao fato de que esse conceito consegue relacionar os processos de decisão democrática com a estrutura básica da sociedade. Esse ideal normativo oferece um amplo espectro de abordagem do tema principal que está vinculado à estrutura geral do Estado, aos seus desenhos institucionais, aos processos políticos, aos direitos e liberdades individuais (elementos constitucionais essenciais) e à legitimidade democrática; tangenciando, ainda, questões afetas à justiça distributiva na concretização de políticas públicas (questões de justiça básica).

A teoria de NINO (1996) a respeito do valor epistêmico da democracia permite responder quando e como os direitos fundamentais servem de limite às decisões democráticas da maioria, a justificar uma atuação política do Poder Judiciário em face das decisões proferidas pelos órgãos de representação da vontade popular. As leis e a própria Constituição representam o melhor meio para se conhecer os valores morais da sociedade, que são as razões últimas que servem de fundamentos para a tomada de decisões. A conformação de sua base teórica vai além das tensões internas da estrutura constitucional – envolvendo direitos fundamentais e democracia –, para incluir uma argumentação dialética entre a Constituição Histórica e a sua dimensão ideal.

A hipótese da pesquisa é de que não obstante seja oportuna uma jurisdição constitucional contramajoritária e garantidora das condições mínimas de operação da democracia – a representar uma força contra à inércia dos aparelhos estatais para a superação dos déficits de integração social –, os desenhos da Constituição de 1988 não dão conta do ativismo praticado a pretexto dessa jurisdição, de modo que a atuação do Poder Judiciário contrária à razão pública e ao valor democrático exige repensar os arranjos para uma nova estrutura do Estado que permita uma resposta institucional.

O objetivo geral é analisar a existência (ou não) de uma solução normativa para o ativismo dentro dos próprios desenhos estabelecidos pela Constituição de 1988, a partir do estudo dos principais aspectos da judicialização da política, articulando a atuação do

Poder Judiciário com os ideais de razão pública e de democracia. Dentro desse objetivo considera-se analisar as formas de interações institucionais apontadas pelas teorias dialógicas como possibilidades de uma resposta ao ativismo judicial. Essa resposta, por óbvio deve ser independente e autônoma em relação ao Poder Judiciário, capaz de superar as decisões contrárias à razão pública, não sendo consideradas como respostas institucionais as soluções que dependam de uma revisão endógena dos tribunais – ou uma revisitação dos próprios precedentes.

Por sua vez os objetivos específicos foram: a) definir os limites de atuação judicial a partir da noção de razão pública de Rawls; b) definir as hipóteses de atuação judicial sob a perspectiva de uma democracia deliberativa; c) estudar a origem, a fundamentação teórica e a expansão da judicialização da política, bem como as condições facilitadoras desse fenômeno no Brasil; d) analisar as funções estabelecidas para o Poder Judiciário na Constituição de 1988; bem como e) analisar a ingerência do Poder Judiciário nas decisões políticas dos demais órgãos de poder do Estado e a possibilidade de se estabelecer diálogos institucionais para a superação do ativismo.

Um dos aspectos agregados a esse estudo é a legitimidade para o exercício do poder estatal e a forma como se dá a construção do sentido normativo da Constituição, considerando as tensões existentes entre o constitucionalismo e a democracia.

A Constituição de 1988 contou com ampla participação popular e significou uma ruptura com o autoritarismo, comportando um extenso rol de direitos fundamentais e um regime que pretendeu ir além da mera representação política. Esses aspectos demonstram uma sobrevalorização da participação democrática, mas também um pré-determinismo político, em virtude da adoção de uma Constituição analítica e dirigente, que reduz o escopo da democracia, *i.e.*, que limita o alcance das decisões políticas e reclama por um órgão de controle estatal. Assim, a questão central dessa pesquisa ultrapassa a especialização das funções, voltando-se para a legitimidade das decisões à luz da razão pública e dos valores que a inspiram. Equivale a dizer que a análise não pode mais se restringir a quem decide, mas também, deve se dirigir ao "quê" se decide.

Portanto, ao perquirir se os desenhos institucionais da Constituição de 1988 conseguem conter as decisões judiciais nos limites próprios da razão pública buscou-se responder se essas mesmas decisões estão de acordo com a função contramajoritária, democrática, asseguradora dos direitos e liberdades últimas, reservada ao Poder Judiciário e estabelecida segundo as regras próprias do constitucionalismo democrático.

Todas essas questões se mostram atuais e justificam a pesquisa pela necessidade de se analisar não só a forma de atuação do Poder Judiciário, como também as relações e diálogos internos que envolvem as instituições e a relação do Estado com o indivíduo na concretização do programa constitucional, e no reconhecimento de novos direitos que surgem especialmente das minorias invisibilizadas ao longo da história.

Ante a letargia do Estado, é preciso considerar a jurisdição como mecanismo de inclusão social capaz de alcançar todos os indivíduos, grupos e comunidades. Mas também é preciso estabelecer uma base normativa, com fundamentos na leitura constitucional, capaz de repelir o ativismo do Poder Judiciário, uma vez que essa atuação põe em risco o próprio valor da democracia. Uma das alternativas para a solução desse conflito está na teoria dos diálogos institucionais. A teoria dialógica lança novas luzes sobre a relação entre os poderes, especialmente sobre a tensão entre a *judicial review* e o processo legislativo, oferecendo uma interlocução que procura romper com o monopólio da interpretação constitucional.

A pesquisa buscou percorrer a origem da judicialização da política, diferenciando esse fenômeno do ativismo judicial, articulando-os com o ideal normativo de razão pública de RAWLS. Na sequência, foram analisadas de maneira crítica as tensões existentes entre o constitucionalismo e a democracia, identificando o valor distintivo dessa última, de modo que se possa não só justificar, mas também delimitar, o campo da judicialização da política.

Definidas as hipóteses de intervenção do Poder Judiciário e os limites da razão pública, foram abordadas as condições gerais que favorecem a expansão global da judicialização da política, e os fatores específicos observados no Brasil, com a análise dos valores que se pretendeu preservar por meio do *judicial review*.

Para a análise desses valores foram considerados o contexto social e político que permearam as discussões durante o processo constituinte de 1987-1988, apresentando as principais propostas e discussões com importância para o escopo da pesquisa e que revelam o especial caráter democrático da Constituição de 1988. Buscou-se ainda identificar os principais atores desse processo e o modo como a população se envolveu, influenciando decisivamente no conteúdo do texto que veio a ser promulgado.

Na sequência foram apresentados alguns casos classificados como ativismo judicial, com destaque para os efeitos que essas decisões produziram no caso concreto, identificando a atitude dos magistrados, de maneira que fosse possível utilizar o

raciocínio dedutivo para concluir sobre a efetividade de alguma resposta a partir dos desenhos institucionais.

Por fim, foram apresentadas as principais características das teorias dialógicas, e os instrumentos de interação institucional que propõem, confrontando-as com a hipótese dessa pesquisa.

2. RAZÃO PÚBLICA, ELEMENTOS ESSENCIAIS, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO

Considerando os objetivos geral e específicos delineados, este capítulo se dedica a relacionar o ideal da Razão Pública de Rawls (2011) com os demais referenciais teóricos que compõem este estudo. Ou seja, aborda especificamente a forma como aquele ideal incide sobre a questão da judicialização da política, do ativismo judicial e dos desenhos institucionais. Num segundo momento, com esses conceitos à mão, serão apresentados os elementos constitucionais essenciais que compõem o escopo no qual eles serão analisados e interpretados.

Para tanto, devem ser antecipados, ainda que em linhas gerais, determinados pressupostos que envolvem o referencial teórico como um todo e que serão aprofundados nos capítulos subsequentes, delineando em torno deles a própria ideia de razão pública.

2.1 Judicialização da política e ativismo judicial

Um dos pressupostos fundamentais da pesquisa está na diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, considerados aqui como resultados de um mesmo fenômeno histórico-político que foi deslocando a centralidade do poder estatal – cuja racionalidade inicialmente privilegiou a função legislativa como expressão da autonomia política do povo – de forma que o Poder Judiciário exegeta do Estado Liberal Moderno se tornou contemporaneamente um espaço singular de decisões políticas.

Quanto à expressão "ativismo judicial", o atual estado da arte aponta para uma série de dimensões e formas de manifestações distintas dessa prática, cuja análise individualizada desvia-se dos objetivos gerais e específicos previamente definidos. Vanice Regina Lírio do Valle (VALLE, 2012, 19-24), ao abordar o tema, alerta para o fato de que o precursor do uso dessa expressão foi o jornalista Arthur Schlesinger Jr. que a traçou em um artigo da revista *Fortune* tendo como foco principal o perfil dos juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando-os como ativistas judiciais, campeões da autolimitação (*self-restraint*) ou integrantes de um grupo de centro. A cunhagem da expressão estava relacionada com a tendência liberal ou conservadora de cada magistrado e foi sendo utilizada pelos juristas como um comportamento judicial em desacordo com a opinião jurisprudencial dominante (VALLE, 2012, p. 20). Vanice do Valle destaca que

foi Keenan Kmiec quem sistematizou, no âmbito da pesquisa acadêmica, as definições do termo, reconhecendo cinco principais conceituações de ativismo:

> a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar "da sala de sessões"; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado. (VALLE, 2012, p. 21)

Por sua vez Rodrigo Brandão apresenta a seguinte definição:

> Já a judicialização da política consiste no processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo, resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma de ações judiciais. O ativismo judicial, por sua vez, é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BRANDÃO, 2018, p. 23)

Para os fins deste trabalho, toma-se por ativistas as decisões voltadas para finalidades pré-determinadas, com a intenção de se alcançar um resultado específico e de natureza política capaz de desafiar atos que sejam constitucionalmente defensáveis e justificáveis publicamente, emanados dos órgãos tipicamente políticos de função executiva ou legislativa. Este conceito incorpora as cinco principais definições sistematizadas por Keenan Kmiec, isso porque além da óbvia absorção das definições constantes nas alíneas *a* e *e*, não se descarta, para alcançar as finalidades pretendidas, a possibilidade de o magistrado atuar como legislador positivo ou deixar de observar precedentes e cânones metodológicos e interpretativos. De igual maneira, decisões judiciais que provoquem uma mutação constitucional ou cuja interpretação se afaste de uma interpretação razoável da constituição são tomadas por ativistas[2]. A ênfase que se pretende dar repousa na atitude do magistrado. Os diversos conceitos oferecidos ao termo "ativismo judicial" enfrentam suas próprias críticas, mas para a análise que se propõe fazer é preciso estabelecer esse recorte inicial e fixar essa compreensão, que será utilizada ao longo de todo o trabalho.

[2] Esta última observação é um corolário da própria definição adotada neste parágrafo, uma vez que ao provocar uma mutação constitucional ou interpretar de forma desarrazoada a constituição o magistrado desafia os demais poderes, que também são intérpretes da constituição, e afronta o próprio poder constituinte originário.

Por outro lado, a judicialização da política é um fenômeno de expressão global especialmente prolífero a partir do fracasso d*o welfare state* percebido no período pós-segunda guerra mundial.

O Constitucionalismo moderno, apoiado nos ideais liberais, fundou-se na supremacia parlamentar ou na supremacia das leis, neutralizando o Poder Judiciário em termos políticos. Neste paradigma o povo assume a titularidade do Poder do Estado na condição de indivíduos livres e iguais cuja expressão mais delimitada é a parlamentar. A garantia para o exercício dessa liberdade repousa no estabelecimento de um conjunto de direitos fundamentais, de natureza civil e política, que, sobretudo, assentou no povo a condição de autor das leis que limitavam a coerção estatal, assegurando assim a autonomia do indivíduo. A divisão das funções do Estado, concebidas como forma de autocontenção do poder, relegou aos Poderes Executivo e Judiciário funções burocráticas e exegetas de reduzida importância política (VERBICARO, 2017, p. 66).

O primeiro deslocamento nas relações internas do poder estatal foi resultado do paradigma do *welfare state*, conferindo um novo desenho institucional, isto é, um novo arranjo na estrutura geral do Estado, para que o Poder Executivo realizasse políticas públicas voltadas para a distribuição dos bens primários essenciais à realização individual das concepções de vida boa de cada um. As Constituições do México de 1917 e da Alemanha 1919 são casos exemplares do *welfare state*, sendo que a preeminência do Poder Executivo pode ser melhor observada nesta última, tendo ela instituído o presidente do Reich como o seu guardião, conferindo-lhe poderes suficientes para intervir nas demais esferas de poder estatal (SCHMITT, 2007, p. 232-234). Conquanto concebida a partir de uma perspectiva democrática e para a concretização de direitos, a Constituição de Weimar legou um regime extremamente autoritário, marcado pelo desrespeito aos direitos e liberdades fundamentais. Esse ponto será retomado logo à frente.

O segundo deslocamento se dá no paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente no pós-segunda guerra, onde a judicialização da política encontrou campo fértil e relevante expressão. Conforme destaca Tom Ginsburg (2008, p. 81), até aquele momento histórico apenas um pequeno número de constituições previa o *judicial review* e, em 2008, 158 dos 191 países que experimentavam o constitucionalismo como tecnologia de organização estatal incluíram de alguma forma a revisão constitucional em

sua estrutura básica de organização[3]. Foi a devastação proporcionada pelas próprias instâncias democráticas dos paradigmas anteriores ao Estado Democrático de Direito que evidenciou a necessidade de um órgão voltado para a garantia do adequado funcionamento das instituições e da efetividade do provimento estatal, fundada na promessa subscrita na respectiva constituição; e que conferiu ao Poder Judiciário essa função – de transformar o texto inerte em direitos exigíveis que devem ser realizados por meio de uma atuação concreta do Estado.

Portanto, foi a ineficácia dos arranjos institucionais, no período que antecedeu e incluiu a segunda guerra mundial, que culminaram na reformulação da estrutura geral do Estado, para que os direitos e liberdades integrantes de uma dada concepção política subscrita pela sociedade naquele momento histórico e instilada na constituição pudessem ser realizados.

Retomando o exemplo da Constituição de Weimar, a insatisfação com o paradigma do *laisser-faire* somada às crises econômica e social do início do século XX provocaram uma reação antiliberal na Europa, a qual encontrou na doutrina de Carl Schmitt uma importante fonte de inspiração para um modelo democrático – conforme sustenta o autor – contrário à decomposição da unidade do povo alemão, fragmentado pelos interesses faccionais do pluralismo liberal, correspondente ao pluralismo na composição do Poder Legislativo (SCHMITT, 2007, p. 232-234). Schmitt defende uma versão de democracia vinculada à identidade entre governantes e governados e essa identidade converge na figura do presidente do *Reich* Alemão. Schmitt, atribui ao presidente a função de Guardião da Constituição o que inclui a autoridade para decidir em caráter definitivo sobre a interpretação constitucional.

> Segundo Schmitt, a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, por outro lado, transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito.
> A recusa de Schmitt em aceitar um controle concentrado de constitucionalidade encontra sua origem na própria concepção que o autor alemão fazia de Constituição. Para Schmitt, a ideia de Constituição não se equipara a um simples conjunto de leis constitucionais. A Constituição seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência.
> De acordo com o pensador alemão, o princípio político que guiava a Constituição de Weimar era o princípio da democracia. A democracia de Schmitt, contudo, não se assemelha em nada à democracia Kelseniana, que via

[3] No texto original de Ginsburg: Whereas before World War II, only a small handfull of constitutions constained provisions for constitutional review, as of this writing, 158 out of 191 constitutional systems include some formal provision for constitutional review.

> na maioria um instrumento útil para a realização da ideia básica da democracia: a liberdade. Para Schmitt, só há uma ideia verdadeiramente democrática: a igualdade, que é fundamento de todas as outras igualdades. (MENDES, 2007, p. xi)

Utilizando as palavras do próprio Schmitt:

> Nas deliberações da comissão constitucional da assembleia nacional de Weimar, surgiram notáveis obscuridades e estão documentalmente registradas nos protocolos da comissão constitucional. Trata-se, de um "tribunal do Estado para a proteção da Constituição" da forma como, supostamente, teria sido "introduzido por todos os grandes Estados democráticos, por exemplo, pelos Estados Unidos, onde sua existência se autoafirmou". De acordo com isso, deve-se lembrar, em algumas palavras, que o supremo tribunal dos Estados Unidos, por causa de sua interpretação autoritária de conceitos como propriedade, valor e liberdade, tem, como se disse, uma "posição única em toda a história mundial", justamente em território econômico, que, por conseguinte, não pode ser simplesmente transferida às condições de um Estado continental europeu, condições estas de um tipo, política e socialmente, bem diferente.
> A posição do supremo tribunal dos Estados Unidos desenvolveu-se nos moldes de um Estado judicial do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrasta fortemente com os Estados do continente europeu, não fazendo diferença se o Estado europeu é uma república, como a França, ou um Estado-funcionário monárquico como a Prússia do século XIX. (SCHMITT, 2007, p. 20)
> O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. Tanto o elemento relativamente estático e permanente (eleição por 7 anos, difícil revocabilidade, independência de maiorias parlamentares alternantes), quanto o tipo de seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da Constituição segundo o artigo 48) têm o objetivo de criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal, o qual, como tal, é o defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição. É expressamente determinado pelo artigo 42 que por meio de seu juramento o Presidente do Reich "defenderá a Constituição".
> (...) a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política... A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso

> de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão." (SCHMITT, 2007, p. 232-234)

Mais precisamente sobre a Suprema Corte Americana:

> Como R. Gneist disse de forma muito acertada, ela tem um poder transcendental" perante o Estado. Só neste contexto é que se pode considerar a crítica frequentemente feita referente ao fato de que ela, por muitos anos, impediu e deteve leis de proteção aos trabalhadores e determinações sociopolíticas, até mesmo aquelas sobre o trabalho de mulheres e crianças, que nos eram naturais na Alemanha, ao tratá-las como anticonstitucionais (SCHMITT, 2007, p. 22)

Com Schmitt, os valores da sociedade que se pretende resguardar inspiram uma específica configuração de poder concentrado, de maneira que o Presidente do Reich poderia intervir diretamente no legislativo e no judiciário. Este último, especialmente, tem o seu campo de atuação muito restrito. Schmidt defende que apenas nas hipóteses em que uma lei ordinária contraria uma regra constitucional subsumível ao fato é que o judiciário pode deixar de aplicar a lei e aplicar a Constituição em seu lugar. Não se trataria, *in casu*, de invalidação da lei, mas de sua substituição pela regra inserta na constituição com a qual colide no caso concreto gerando, tão somente, um precedente para casos futuros – "conflito de subsunções correspondentes ao tipo". Nestes casos, a norma constitucional deve ser "calculável e mensurável" e não principiológica. Fora isso os tribunais teriam apenas um direito de autoproteção em face dos outros poderes públicos, especialmente do legislador, podendo afastar normatizações que colocassem em risco a independência da justiça, sendo, nesse sentido guardião de uma parte da Constituição. (SCHMITT, 2007, p. 24-25)

Diante disso, convém destacar que a opção pela centralidade do Poder Executivo se deu a partir de uma concepção democrática que não ignorava a experiência de outros países e a doutrina em torno dos tribunais constitucionais, mas, ao contrário, pretendeu evitá-la pela própria noção de democracia em que se inspirava e numa doutrina ostensivamente antiliberal. O resultado foi um autoritarismo que desrespeitou direitos e liberdades fundamentais.

Analisando a expansão do poder judiciário sob a perspectiva do debate entre Schmitt e Kelsen, Rodrigo Brandão destaca que

> a dimensão moral do liberalismo europeu superava, em muito a institucional; desta forma, os liberais europeus visavam a impregnar as mentes das pessoas com os ideais que lhe são caros, não dispensando tanta atenção, como os

> americanos, ao desenho das instituições de forma especialmente propícia a realizá-los. Todavia, em um regime como o nacional-socialista, a confiança apenas na consciência moral dos governantes e em uma heroica reação dos governados a atos arbitrários parecia uma quimera, pois os princípios morais dos governantes se embasavam na doutrina nazista, e os dissidentes eram condenados à morte.
> (...) a principal lição que deve ser tirada da tragédia do nazismo consiste na íntima relação entre desenho institucional e tutela das liberdades fundamentais[4]... (BRANDÃO, 2017, p. 70)

Aliás, Rodrigo Brandão sistematiza as principais teorias sobre o fenômeno da expansão do poder judiciário e aponta razões de imanência estrutural para a judicialização da política; além do estabelecimento de uma carta de direitos e de uma maior consciência democrática e fragmentação do poder. Nesse sentido, maior será a judicialização em Estados com maior fragmentação do poder, seja em relação às divisões ideológicas e partidárias, seja quanto às divisões institucionais. O pluralismo, de um lado, leva ao entrincheiramento de direitos[5], para evitar que uma maioria de ocasião possa facilmente alterar o *status quo*; o federalismo e o departamentalismo, por sua vez, geram problemas internos de coordenação (BRANDRÃO, 2017, p. 90-100).

Ofertando agora um exemplo nacional, sem estender tanto, convém destacar que a Constituição de 1937 previa em seu art. 96 (BRASIL, 1937), parágrafo único, a possibilidade de o presidente da república submeter ao parlamento a declaração de inconstitucionalidade de lei, sob o argumento de promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Nessa hipótese o Parlamento poderia tornar sem efeito a decisão do tribunal. Ocorre que, junto com a promulgação da Constituição, Getúlio Vargas determinou o fechamento do Congresso e arrogou-se no poder de tornar sem efeito as decisões de inconstitucionalidade. Como consequência houve uma concentração de poderes que levou o Brasil a um período de autoritarismo que durou desde a promulgação da Constituição de 1937 até 1946.

---

[4] Não se pretende afirmar que a existência de um tribunal constitucional teria impedido o nazismo. Mas essa correlação entre a revisão dos desenhos institucionais e mudanças de paradigmas diante do fracasso histórico do Estado em cumprir as promessas constitucionais é reconhecida por todos os autores citados nessa pesquisa.

[5] O autor oferta o seguinte exemplo deste fenômeno: "Um dos exemplos usados por Hirschl para ilustrar a sua tese foi a posição assumida a respeito do controle de constitucionalidade pela minoria branca integrante do Partido Nacional na África do Sul. Enquanto prevaleceu o *apartheid*, e, por óbvio a minoria branca pôde confiar no processo majoritário, o regime era o da supremacia do Parlamento, tendo uma emenda constitucional de 1958 vedado expressamente o controle de constitucionalidade, além de o Presidente Paul Kruger ter afirmado que tal mecanismo era um princípio inventado pelo Diabo e o Judiciário ter feito muito pouco pela redução das iniquidades do regime. Quando não mais se mostrou viável manter o *apartheid* através da repressão, Hirschl afirma que a minoria branca, repentinamente, se "converteu" à doutrina dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, e passou a sustentar a introdução do controle de constitucionalidade esperando preservar privilégios." (BRANDÃO, 2017, p. 90-91)

Dessa forma, parece correta a conclusão de que a concentração de poderes leva a abusos e ao autoritarismo. A democracia e a realização das liberdades e direitos constitucionais requerem uma maior dispersão do poder como medida de autolimitação do Estado. Logo, a estrutura geral do Estado, incluídos os desenhos institucionais, as atribuições e as prerrogativas de cada um dos órgãos de poder, deve ser capaz de realizar os objetivos traçados na Constituição e de se justificar à luz da mesma concepção política que inspira as liberdades e os direitos fundamentais.

Por ora, esses conceitos e exemplos bastam para desenvolver o escopo deste capítulo, que pretende articular a ideia de Razão Pública de Rawls e os elementos constitucionais essenciais com os demais referenciais teóricos e o tema problema.

2.2 A ideia de Razão Pública de Rawls

John Rawls (2011, p. XIX) desenvolve sua teoria em torno de uma pergunta fundamental formulada nos seguintes termos: "Como é possível que as sociedades contemporâneas, vistas como um esquema unificado de cooperação, podem estabelecer um acordo estável e justo que cidadãos livres e iguais, profundamente divididos pelo pluralismo de doutrinais abrangentes, possam subscrever?"[6]. Rawls considera o fato do pluralismo como uma condição permanente das sociedades democráticas, correspondendo ao próprio resultado do exercício da razão sob o amparo de instituições livres. Sustenta, ainda, que o problema do liberalismo consiste em estabelecer uma base de justificação que possa ser razoavelmente aceita por todos. Essa base de justificação não pode, por óbvio, estar alicerçada em concepções de bem exclusivas, dado a constante do pluralismo, ou melhor dizendo, buscar sustentação unicamente no conteúdo de uma determinada doutrina abrangente da sociedade, uma vez que não é razoável esperar que outras doutrinas abrangentes e incompatíveis também a subscrevam. Assim, uma vez que não é possível alcançar um acordo razoável a partir de doutrinas que professem determinada concepção de bem, Rawls concebe a estabilidade de um regime constitucional democrático a partir de uma concepção política de justiça capaz de alcançar um consenso de todas as doutrinas abrangentes razoáveis.

Portanto, Rawls desenvolve sua teoria em torno das condições necessárias para uma base pública razoável de justificação que possa ser aplicada às questões políticas

[6] Essa pergunta é formulada de diversas formas em *O Liberalismo Político*.

fundamentais, de forma que uma dada concepção seja política e imparcial em relação aos pontos de vistas internos de cada uma das doutrinas abrangentes razoáveis que compõem as diversas concepções de bem professadas pelos indivíduos, preservando o status de igualdade moral dos cidadãos. Especialmente em O Liberalismo Político, preocupado com a questão da estabilidade de uma sociedade constitucional democrática, concebida como um sistema coordenado de cooperação social, são desenvolvidas algumas ideias fundamentais, das quais merecem especial atenção para os fins do presente trabalho: a concepção política de justiça, o consenso sobreposto e a razão pública.

Em linhas gerais, uma concepção política de justiça corresponde a uma concepção moral voltada para a estrutura básica da sociedade – que envolve os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica – e que é autossustentável, no sentido de ser independente em relação a qualquer doutrina abrangente de bem, mas que possa ser subscrita por todas elas; por último, quanto ao conteúdo, uma concepção política de justiça é constituída por uma família de valores implícitos na cultura política de uma sociedade democrática. O consenso sobreposto[7], por sua vez, incorpora as ideias fundamentais de uma sociedade vista como um sistema equitativo de cooperação e adere aos valores de uma concepção política de justiça que razoavelmente se pode esperar que seja subscrita por todas as doutrinas abrangentes no que tange a estrutura básica. Essa adesão se dá de tal forma que aquela concepção política passa a ser parte integrante das próprias doutrinas abrangentes que a subscrevem. Por último, a razão pública corresponde a um ideal normativo que traça as linhas fundamentais para uma argumentação pública e é parte de uma concepção política de justiça. De maneira sumária, ela se constitui nas razões pelas quais os cidadãos podem justificar nos fóruns oficiais de deliberação o exercício do poder coercitivo do Estado uns sobre os outros. Rawls divide uma concepção política em duas partes distintas: uma que se refere a princípios substantivos para a estrutura básica, incorporando os valores da justiça política como liberdade civil e igualdade; e outra relativa às diretrizes de indagação em que se articulam os valores da razão pública incluindo a razoabilidade e o dever moral de civilidade, de reconhecer a igualdade de status do outro e de se limitar a oferecer argumentos fundados em informações amplamente conhecidas, em verdades inequívocas da ciência, que possam

[7] O consenso sobreposto decorre da compatibilidade entre o juízo moral do indivíduo com uma determinada concepção de justiça alcançada a partir do equilíbrio reflexivo, em que são feitas ponderações entre as diversas propostas e os pontos de vista internos do sujeito, adaptando os próprios juízos morais ou se apegando a suas convicções iniciais. (RAWLS, 2016, p. 24-25; p. 58-59)

ser razoavelmente aceitos (Rawls, 2011, p. 265). Com isso, quer se afastar teorias questionáveis ou pseudocientífica como argumentos válidos, além daquelas verdades que só são consideradas como tal do ponto de vista de uma doutrina abrangente. É à luz da razão pública que se aplicam os princípios substantivos de justiça, e é na conjugação dessas duas partes distintas da concepção política que se espera oferecer respostas às questões de justiça relacionadas com a estrutura básica da sociedade.

Retomando o que foi dito, o liberalismo político procura por uma concepção política de justiça que não seja ética ou moral abrangente, que alcance um consenso sobreposto das doutrinas religiosas, morais e filosóficas que convivem na sociedade, *i. e.*, que possa ser subscrita por todas as doutrinas abrangentes razoáveis, servindo como conteúdo para a razão pública e como justificação para as decisões políticas, especialmente aquelas relacionadas com a estrutura básica.

Um ponto que merece ser destacado é que a razão pública está limitada aos valores substantivos de concepções políticas que podem fazer parte de um consenso sobreposto e que está adstrita àquelas questões que envolvem elementos constitucionais essenciais e justiça básica. Desse modo, apesar de ser desejável que toda questão política seja discutida a partir de razões que possam ser aceitas por todos, as questões políticas mais comezinhas, que não envolvem a estrutura básica podem ser justificadas nos fóruns públicos a partir de convicções pessoais e da concepção de vida de cada um, respeitadas as regras procedimentais de deliberação política. Esse ponto será retomado mais adiante e será importante para a diferenciação que se faz quanto ao fato de uma decisão judicial poder ser ou não justificável por meio do uso da razão pública.

Por ora, cumpre ainda definir quais seriam os elementos constitucionais essenciais que ao longo do texto têm aparecido ao lado das questões de justiça básica como questões políticas fundamentais. Com efeito, ambos são componentes da estrutura básica da sociedade. Os elementos constitucionais essenciais incluem os princípios fundamentais que informam a estrutura geral do Estado e do processo político – prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário, o alcance da regra da maioria – ; e os direitos e as liberdades fundamentais, tais como direitos de participação política, igualdade de status e liberdades de consciência ou de associação etc. As questões de justiça básica representam direitos sociais de natureza redistributiva.

Diante disso, considerando que a razão pública é fundamentalmente parte de uma concepção política de justiça[8] – que traz consigo princípios substantivos – e que o seu objeto é a estrutura básica da sociedade – que envolve a estrutura geral do Estado, incluindo os órgãos que exercem as funções executiva, legislativa e judiciária –, temos por corolário básico que o funcionamento dessas estruturas devem ser orientadas a partir da articulação daqueles valores substantivos de justiça que constituem, em última instância, a cultura política da sociedade.

2.3 Relacionando a judicialização da política e o ativismo com a Razão Pública

Nesse ponto há uma primeira aproximação entre a ideia de Razão Pública e o tema da judicialização da política. Para Rawls, "a ideia de razão pública propõe um modo de caracterizar a estrutura e o conteúdo das bases fundamentais da sociedade que seja apropriado a deliberações políticas" (2011, p. LXVI) e, como visto, a judicialização depende de pressupostos políticos e institucionais permissivos, como o estabelecimento de uma carta de direitos e um desenho institucional que autorize o Poder Judiciário a exercer o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos demais poderes. Além disso, a judicialização é uma característica de constituições democráticas e, portanto, atende outro pressuposto rawlsiano. Assim as condições políticas e institucionais necessárias ao fenômeno da judicialização da política estão imbricados na estrutura básica, compondo parte dos elementos constitucionais essenciais. Logo, a judicialização constitui, nesse sentido, objeto da razão pública, de maneira que aquelas precondições estruturantes devam ser justificadas a partir dos valores substantivos da mesma concepção política de justiça da qual faz parte.

Conquanto a judicialização se relaciona com o objeto da razão pública e assim deve ser justificável a partir dela, pretende-se demonstrar que o ativismo judicial, uma vez que corresponde a uma atitude interpretativa com propósitos específicos, representa a não aplicação do seu ideal normativo. Para tanto é preciso fazer algumas delimitações. A primeira é que o ativismo judicial, tal como se concebe, decorre da judicialização da política e está atrelado, por esse motivo, às questões de fundo político. Não há que se falar

[8] Camilloto apresenta a seguinte definição: "A razão pública deve ser compreendida como a razão de uma sociedade democrática em que o pressuposto constitutivo dessa sociedade é a igual capacidade moral dos cidadãos. Ela faz parte daquilo que Rawls denomina de Concepção Política de Justiça." (CAMILLOTO, 2016, p. 60)

em ativismo em julgamentos referentes à estrita aferição da legalidade de atos administrativos[9]. A segunda é que o exercício da função contramajoritária por si só não corresponde a uma decisão ativista. Esta última observação se deve ao fato das diversas conceituações e dimensões que são atribuídas ao ativismo judicial. William Marshall, por exemplo, apresenta uma abordagem distinta, enumerando o que seriam seus indicadores, dentre os quais inclui o contramajoritarismo (VIEIRA, 2008, p. 7716). Porém, se a pretexto de exercer a função contramajoritária a decisão desafiar atos constitucionalmente defensáveis praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo, dentro de suas respectivas funções, restará configurado o ativismo conforme o conceituado no início deste capítulo.

A correlação do tema "ativismo judicial" com a razão pública perpassa pela compreensão de Rawls a respeito do exercício da *judicial review* pela Suprema Corte, uma vez que ela traça limites claros à interpretação judicial da Constituição. Para Rawls, em um regime que admita o controle jurisdicional de constitucionalidade, a razão do tribunal é a razão pública (2011, p. 272), argumentando que

> Ao aplicar a razão pública, o tribunal age para evitar que a lei[10] seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista. Se o tribunal assume esse papel e o cumpre de forma efetiva, é incorreto afirmar que isso é claramente antidemocrático. É de fato um papel antimajoritário no que se refere à lei ordinária, pois um tribunal com prerrogativas de revisão judicial pode declarar tal lei inconstitucional. Não obstante, a autoridade mais alta investida no povo oferece sustentação ao exercício desse papel. O tribunal não é antimajoritário em relação à lei mais elevada quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a própria Constituição, com as emendas que recebeu e com as interpretações feitas sobre ela que tenham sido politicamente determinadas. (...) o que importa ressaltar é que os valores políticos da razão pública fornecem à Corte as bases da interpretação. Uma concepção política de justiça abarca as questões fundamentais tratadas pela lei mais alta e articula os valores políticos com base nos quais essas questões podem ser decididas. (RAWLS, 2011, p. 276-277)

De imediato é possível extrair que uma decisão que envolva a estrutura básica da sociedade, tomada para alcançar interesses determinados ou fazer valer um ponto de vista solipsista e antidemocrático corresponde à hipótese de não aplicação da razão pública. Logo, a razão pública pode (ou deve) representar um limite à função jurisdicional

[9] Há que se distinguir o fato de a anulação judicial de um ato administrativo decorrer de uma alteração no sentido da lei constitucionalmente válida ou da desconsideração pelo magistrado da própria existência da lei, e o fato de a anulação se dar por mera incompatibilidade com essa mesma lei num processo mecânico de subsunção. No primeiro caso haveria ativismo uma vez que o judiciário estaria substituindo uma opção política do legislador, válida do ponto de vista constitucional.

[10] A referência aqui, a partir do contexto, é à lei mais alta, ou seja, à Constituição.

exercida pelo magistrado, estando, portanto, vinculado em sua atividade interpretativa aos valores políticos que ela articula. Vale dizer, a concepção política de justiça inclui os valores segundo os quais o mérito deverá julgado.

Assim, uma decisão ativista parece à primeira vista contrariar a razão pública, já que são decisões voltadas a finalidades pré-determinadas, com a intenção de se alcançar um resultado específico e de natureza política capaz de desafiar atos dos Poderes Executivo e Legislativo constitucionalmente defensáveis e justificáveis publicamente. Isso porque ao desafiar atos defensáveis, o Poder Judiciário está arrogando uma atribuição que a própria Constituição não lhe conferiu, assumindo a posição de monopólio em relação à sua interpretação. Essa posição não se coaduna com uma sociedade democrática que compartilha uma mesma concepção de justiça e que pavimenta sua estrutura básica sobre um consenso sobreposto[11]. Não parece lógico que decisões judiciais fundadas nos mesmos valores que serviram de fundamento para a estrutura básica da sociedade possam contrariar um sentido constitucionalmente defensável de seus elementos essenciais e disposições de justiça redistributivas – sentido esse atribuído por instâncias de representação política majoritária. Tampouco é crível que o judiciário possa se arvorar da condição de "Guardião" de forma similar àquela posição histórica do presidente do Reich alemão. O sentido normativo da Constituição é, portanto, a base valorativa da qual o judiciário deve se valer, de modo que só lhe é permitido intervir nas decisões proferidas pelas instâncias políticas majoritárias que afrontarem direitos e liberdades básicas asseguradas ou que atentarem contra o funcionamento das instituições democráticas, não cabendo ao judiciário modificar o sentido do texto constitucional, especialmente no tocante ao tema dos direitos e garantias individuais. Não obstante, não se trata aqui de defender uma imutabilidade do sentido constitucional, mas da abrupta violação de uma interpretação histórica, assentada na cultura política da sociedade. Quando da análise dos parâmetros para uma democracia deliberativa, Rawls (2011, 279) diz

> [...] que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, valendo-se para isso de seu conhecimento sobre o que a Constituição e os precedentes constitucionais requerem. A esse respeito, a melhor interpretação é a que melhor se ajusta ao corpo pertinente desses materiais constitucionais e

[11] Nesse sentido é válida a opinião do Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira de que o ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito: "Uma das mais relevantes pautas da República ultimamente é mesmo o ativismo judicial que vem se praticando, às largas, sobretudo a partir da dicção do Supremo Tribunal Federal em matérias ordinariamente reservadas ao poder constituinte derivado. As incursões, por vezes, se atrevem a adjudicar o próprio poder constituinte originário.". (NOGUEIRA, 2019).

> aquela que se justifica com base na concepção pública de justiça ou em uma variante razoável dela. Ao fazerem isso, espera-se que os juízes possam recorrer – e de fato recorram – aos valores políticos da concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque, expressa ou implicitamente, esses valores, como o fazem por exemplo, em uma Carta de Direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis. O papel do tribunal nisso é parte da publicidade da razão e constitui um aspecto do papel amplo, ou educativo da razão pública.
> É claro que os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade em geral. Isso eles devem considerar irrelevante. Da mesma maneira, não podem invocar suas doutrinas religiosas ou filosóficas, nem as de outros. Tampouco podem citar valores políticos de modo indiscriminado. Mais precisamente, devem recorrer aos valores políticos de justiça e razão pública. Estes são os valores nos quais acreditam de boa-fé, como o exige o dever de civilidade, que se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos, como pessoas razoáveis e racionais, subscrevam

Parece claro, portanto, que o poder judiciário quando atua na jurisdição constitucional deve fundamentar sua decisão argumentativamente de acordo com os elementos constitucionais essenciais e com o ideal de justiça que integra a normatividade constitucional, e na medida que o faz está vinculado ao ideal normativo da razão pública, ficando limitado pelo seu conteúdo.

> Aos sistemas de direitos e garantias fundamentais e de controle de constitucionalidade aliam-se aos pressupostos democráticos e republicanos previstos na Constituição devendo orientar toda a ação estatal. Surge, então a necessidade de que as manifestações do Poder Judiciário, especialmente aquelas destinadas a produzir efeitos diretamente sobre a esfera de direitos dos cidadãos (sentenças), sejam orientadas por razões públicas.
> Destaca-se que a ideia de razão pública rawlsiana é adequada para pensar na articulação entre atuação (os atos) do Poder Judiciário brasileiro e o grau de correção dessa atuação no próprio jogo democrático de dar e pedir razões. O fundamento requerido pela Constituição não é um fundamento de qualquer ordem (natural, divina, sobrenatural, etc.), mas um fundamento jurídico calcado na normatividade constitutiva e pertinente à realidade histórica da sociedade. (...) Fundamentar uma decisão é dar, ao cidadão e à sociedade, razões jurídicas que justifiquem o sentido normativo aplicado na solução de um determinado conflito social. As razões jurídicas devem ser coerentes com a normatividade constitucional que deve expressar a razão pública de uma determinada sociedade. (CAMILLOTO, 2016, p. 136-138)

Cumpre ainda dizer que toda decisão sobre questões constitucionais tomada por um tribunal revela, para além da interpretação do sentido normativo, o próprio reconhecimento de sua jurisdição. Assim, considerando que a estrutura geral do Estado está fundada pelo ideal de razão pública, a compreensão do Judiciário acerca de suas próprias prerrogativas – incluindo o alcance de sua jurisdição – deve estar fundada na mesma razão. Em outras palavras o tribunal está formal e materialmente limitado pela razão pública. Esta questão é importante na medida em que a judicialização da política

está estruturalmente vinculada à Constituição e historicamente justificada na necessidade de os tribunais garantirem o funcionamento das instituições democráticas e os direitos fundamentais das minorias, exercendo nesse último caso função contramajoritária. Desta maneira é possível estabelecer, *a priori*, os seguintes limites ao Poder Judiciário a partir do ideal de razão pública: (i) respeitar as prerrogativas dos órgãos legislativo e executivo, não podendo atuar em questões políticas que não dizem respeito aos elementos constitucionais essenciais ou questões básicas de justiça uma vez que a judicialização está imbricada com essas duas questões – aliás essa limitação se refere ao próprio limite da razão pública que tem por objeto a estrutura básica da sociedade[12]; e (ii) justificar publicamente suas decisões de acordo com a concepção política subscrita pela sociedade, não podendo se valer das razões de determinada doutrina abrangente ou ligadas a concepções exclusivas de bem.

Transportando o que foi dito para exemplos práticos, analisemos a decisão do Supremo Tribunal Federal em torno da possibilidade de execução da pena a partir de uma decisão de segunda instância[13] em face da garantia constitucional estampada no art. 5º da Constituição da República. Se a partir de uma concepção atribuída à liberdade a sociedade construiu de forma argumentativa, racional e razoável, a partir de valores constantes da sua cultura política, um direito fundamental segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de decisão judicial condenatória, não é crível que por meio da articulação daqueles mesmos valores que integram a concepção política de justiça, pela qual se fundou a norma, seja possível atribuir uma interpretação que justifique a aplicação da pena na pendência de recursos. Isso equivaleria dizer que é admissível a prisão sem culpa, numa sociedade que claramente adotou o trânsito em julgado como uma regra de garantia da liberdade que realiza o princípio constitucional da presunção de inocência. Essa é uma situação evidente de ativismo judicial na qual o tribunal atua como legislador positivo, desafiando o próprio constituinte originário, especialmente em face do que dispõe o art. 283 do Código de Processo Penal, que é claro quanto à necessidade do trânsito em julgado para a prisão.

Outro exemplo, agora relacionado com a judicialização da saúde. Suponhamos uma decisão que obrigue o Estado a custear um tratamento que esteja dentro de um

[12] Equivale, na doutrina Dworkiniana, dizer que não pode interferir nas questões de *policy*.
[13] HC nº 126.292 (BRASIL, 2017).

conjunto de prestações de saúde exigível em razão do mínimo essencial[14], não obstante atrair para a esfera do Poder Judiciário um tema de amplitude política possível de ser abordada sob vários espectros, essa decisão não representa aprioristicamente uma atitude ativista a menos que substitua uma escolha válida do Poder Executivo sem que sejam apresentados argumentos razoáveis para tal substituição. Vale dizer, se o mínimo essencial é assegurado, as opções políticas não podem ser arbitrariamente alteradas pelo magistrado. Uma atitude com feições ativistas seria a mudança abrupta no sentido constitucional do próprio direito à saúde e que viole o mínimo essencial. Uma hipótese seria o tribunal restringir o acesso à saúde, relegando o provimento à mera discricionariedade do Poder Executivo – o que é diferente da tese da reserva do possível, admissível numa mesma concepção política que estabelece aquele dever ao Estado desde que observados determinados pressupostos. Relegar o direito a saúde à discricionariedade representaria o esvaziamento do direito e conflitaria com a imposição Constitucional que o alça a dever do Estado, portanto exigível. O ativismo, nesse caso, se refere ao sentido diametralmente contrário ao significado normativo que é dado pela comunidade de intérpretes da Constituição[15], que vem há muito se refletindo na jurisprudência, de modo que se apresenta racionalmente inviável justificar tal decisão a partir da mesma concepção política de justiça que serviu de razão para a estrutura básica da sociedade.

Portanto, seja quanto aos limites da jurisdição, seja quanto à interpretação de um ato político à luz da Constituição ou, ainda, quanto ao reconhecimento de direitos não efetivados, o órgão judiciário decidirá sobre elementos constitucionais essenciais ou questões básicas de justiça e, portanto, sobre temas que constituem objeto da razão pública. Se o judiciário age como legislador ou desafia prerrogativas de outros órgãos de poder sua decisão tem que ser justificada pela razão pública, posto que a estrutura básica tem por fundamento a concepção política de justiça da qual ela faz parte.

[14] Sobre o direito a prestações do Estado referentes à saúde básica: "Falar de eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial na área de saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por foça e em consequência da Constituição. Mais que isso, tal afirmação significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder. Em resumo: as prestações que fazem parte do mínimo essencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos." (BARCELLOS, 2011, p. 320).

[15] A ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição foi formulada por Peter Häberle, e corresponde ao alargamento do círculo de intérpretes da Lei Fundamental, incluindo todos os cidadãos e grupos sociais que vivenciam a realidade constitucional. (MENDES, 2005, p. 2)

> Os limites da razão pública devem ser aqueles de respeito a um ideal sobre os valores políticos acordados pelos cidadãos livres e iguais que pretendem estabelecer uma convivência justa dentro da estrutura de base da sociedade. (...) Pensar o Direito é exercitar a razão pública à medida que a Justiça é constituída por meio de uma argumentação pública pressuposta por uma prática democrática (SEN, 2011, p. 358).” (CAMILLOTO, 2016, p.73)

Diante de tudo que foi dito, e uma vez que resta evidente a ocorrência de posturas ativistas por parte dos magistrados, ficam em aberto as seguintes questões: Quando o Poder Judiciário age em contradição com aqueles valores e com o entendimento construído pela sociedade a partir da razão pública, nossos desenhos institucionais permitem alguma medida para reagir a essa prática ativista dentro do mesmo ideal de razão pública? A última palavra a respeito do conteúdo da constituição cabe ao Poder Judiciário? Tendo em mente que a expansão do fenômeno da judicialização da política é o resultado histórico da necessidade de uma jurisdição constitucional para garantir o funcionamento das instâncias democráticas e a realização da promessa constitucional, será que é razoável a conclusão de que cumpre ao Poder Judiciário dar a última palavra ou dizer o que é ou não é a Constituição? Estamos diante de um caso de monopólio judicial? Para responder essas perguntas, será desenvolvido ao longo do presente trabalho a ideia de uma democracia deliberativa e as teorias dialógicas para então concluir sobre a adequação de nossos desenhos institucionais e sobre os limites do Poder Judiciário em relação com as demais funções políticas do Estado. Contudo já se antecipa que Rawls, ao afirmar que a Suprema Corte é um caso exemplar de Razão Pública, limita sua jurisdição às questões constitucionais essenciais, destacando que

> A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é. Uma interpretação da Constituição pode impor-se à Corte por meio de emendas ou por uma maioria política ampla e duradoura, como aconteceu no caso do New Deal. (RAWLS, 2011, p. 281)

Por fim, é oportuno ressaltar que a Constituição de 1988 atribui ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, trazendo, ainda, em seu bojo todas aquelas condições estruturais favoráveis à judicialização já apontadas acima no texto[16], tais como

[16] Um diagnóstico da atuação política do judiciário brasileiro foi apresentado no artigo *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política* de Maria Tereza Sadek (SADEK, 2013, p. 29), mostrando o quão prolífero se tornou o STF nessa seara: “Após comparar o desempenho das Cortes brasileira e mexicana, conclui Taylor: no período de tempo que vai de 1988, quando da aprovação da nova Constituição, até o ano de 2002, o STF do Brasil – somente por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade – “concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em confronto, entre os anos de 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um

a defesa de um pluralismo ideológico partidário, o federalismo com uma complexa rede de departamentos públicos, uma extensa carta de direitos e a separação das funções em Poderes independentes. É em consideração a esses elementos constitucionais que a pesquisa deverá se desenvolver, conduzida pelo ideal de razão pública e pelos valores de uma democracia deliberativa.

pouco mais de 600 leis usando dois instrumentos parecidos com a ADIN, mas invalidou somente 21 leis federais. A Suprema Corte norte-americana, por sua vez, em toda a sua história, invalidou em torno de 135 leis federais apenas.

3. LIMITES IMPOSTOS PELA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

O capítulo anterior buscou demonstrar que o Poder Judiciário, seja quanto à delimitação de sua jurisdição, seja no enfrentamento de questões de natureza política em que tenha que atuar como guardião das instituições democráticas e dos direitos fundamentais, decide sobre elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça, de maneira que está adstrito à razão pública e, portanto, aos valores substantivos de uma concepção política de justiça. Apesar disso, o ativismo judicial é um dado da sociedade e corresponde à não aplicação da razão pública, configurando, conforme os exemplos que foram oportunamente apresentados, uma interpretação constitucional afastada de uma variante razoável daquilo que se pode esperar a partir de precedentes históricos ou de uma expectativa legítima da sociedade segundo os valores de sua cultura política.

Cumpre agora retomar, brevemente, alguns dos temas abordados no capítulo anterior para então tentar responder, à luz de uma concepção específica de democracia, a quem cabe dar a última palavra a respeito do sentido normativo da constituição, e a partir disso definir um limite formal às instituições no que concerne à tomada de decisões políticas. Limite que deve ser garantido por meio do equilíbrio de forças institucionais, entre os órgãos que configuram a estrutura geral do Estado e aos quais são atribuídas as suas funções típicas.

3.1 A última palavra segundo Rawls

A partir do ideal de razão pública, definiu-se como limites à atuação do Poder Judiciário o dever de respeitar as prerrogativas dos órgãos legislativo e executivo e, nesse sentido, atuar em questões políticas apenas quando estiverem envolvidos desacordos a respeito de elementos constitucionais essenciais ou questões básicas de justiça; além disso, impõe-se o dever de justificar publicamente suas decisões de acordo com a concepção política subscrita pela sociedade, não podendo se valer das razões de determinada doutrina abrangente ou ligadas a concepções exclusivas de bem. Porém, sendo a Constituição a razão de uma sociedade, de que forma podemos aferir quando uma determinada decisão, baseada em algum de seus dispositivos, representa um desvio interpretativo? Melhor dizendo, quando uma decisão está ou não de acordo com aquela concepção política de justiça já mencionada? Quem diz qual é a interpretação correta?

Conforme explicitado no final do capítulo anterior, para Rawls a última palavra é dada pelo povo, "agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes", impondo uma interpretação "por meio de emendas ou por uma maioria política ampla e duradoura". (RAWLS, 2011, p. 281). A questão, contudo, não é tão simples como essa afirmação, tomada isoladamente, deixa entender. Mais à frente Rawls admite que

> a Suprema Corte poderia dizer, então, que uma emenda que objetive derrogar a Primeira Emenda e substituí-la por uma cláusula de sentido oposto contradiz fundamentalmente a tradição constitucional da mais antiga democracia do mundo. Por isso, não tem validade. Caso isto ocorresse – e não é inconcebível que o exercício do poder político pudesse tomar esse rumo –, equivaleria a uma ruptura constitucional ou a uma revolução, no sentido próprio do termo, e não uma emenda válida à Constituição. (RAWLS, 2011, p. 282-283)

Portanto, a simples observância do procedimento para a alteração do texto constitucional não implica uma submissão da Suprema Corte. Essa última passagem dá a entender o oposto do que fora afirmado antes, já que a emenda constitucional pode ser declarada inválida por contrariar a "tradição da mais antiga democracia do mundo". Desse modo, é preciso analisar a forma como a democracia e a constituição se articulam na teoria rawlsiana, para entender como aquela primeira afirmação pode fazer sentido. Isto é, de que forma o povo dá a última palavra.

Ao descrever a maneira como uma sociedade se transforma, do ponto de vista de sua organização e concepções políticas, a partir de um *modus vivendi* para um consenso constitucional e de um consenso constitucional para um consenso sobreposto, os procedimentos democráticos são apresentados como motores dessa operação e moderadores da disputa política, evidenciando a deliberação como fator decisivo e categórico.

> O Consenso constitucional não é profundo, tampouco amplo. Seu alcance é restrito: não abrange a estrutura básica, limita-se somente aos procedimentos políticos do governo democrático. (RAWLS, 2011, p. 188)
> (...) uma vez que um consenso constitucional vigora, os grupos políticos têm de participar do fórum de discussão pública e se dirigir a outros grupos que não compartilham sua doutrina abrangente. Esse fato faz com que se torne racional para eles ir além do círculo estreito de suas próprias visões e desenvolver concepções políticas com base nas quais possam explicar e justificar as políticas que preferem para um público mais amplo, de modo que constitua uma maioria. Ao fazer isso, precisam formular concepções políticas de justiça. Essas concepções proporcionam a moeda comum de discussão e um fundamento mais profundo para explicar o significado e as implicações dos princípios e políticas que cada grupo defende. (RAWLS, 2011, 195)

E mais adiante, como um resultado dessas trocas argumentativas, conclui:

> quanto mais reduzidas forem as diferenças entre as concepções liberais, quando se baseiam de modo correto em ideias políticas fundamentais de uma cultura pública democrática, e quanto mais compatíveis entre si forem os interesses subjacentes que dão sustentação a essas concepções em uma estrutura básica estável que por elas seja regulada, mais estreito será o espectro de concepções liberais que definem o foco do consenso. (RAWLS, 2011, 199)

Convém enfatizar que a própria ideia de razão pública pressupõe uma cidadania democrática em uma democracia constitucional (RAWLS, 2011, p. 528) e, ao abordar especificamente a forma democrática, Rawls privilegia um modelo deliberativo de tomada de decisões.

> Aqui estou interessado apenas em uma democracia constitucional bem-ordenada – um termo que empreguei no início deste ensaio -, compreendida também como uma democracia deliberativa. A ideia definitiva a favor desta democracia é a ideia da própria deliberação.
> Quando deliberam, os cidadãos trocam pontos de vista e debatem as razões que os sustentam no que diz respeito a questões políticas púbicas. Eles supõem que suas opiniões políticas podem ser revistas por meio da discussão com outros cidadãos e não são, portanto, simplesmente um produto rígido de interesses privados ou não políticos. É com relação a isso que a razão pública é crucial, pois caracteriza a argumentação dos cidadãos com respeito a elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Embora eu não possa aqui examinar em detalhes a natureza da democracia deliberativa, assinalo alguns pontos-chave para indicar o lugar e o papel mais amplos da razão pública.
> São três os elementos essenciais da democracia deliberativa. Um é uma ideia de razão pública, embora nem todas as concepções desse tipo sejam idênticas. Um segundo elemento é uma estrutura de instituições democráticas constitucionais que especifique a moldura dos corpos legislativos deliberativos. O Terceiro é o conhecimento e o desejo dos cidadãos em geral de seguir a razão pública e concretizar seu ideal na conduta política. (RAWLS, 2011, p. 531-532).

A Constituição, por sua vez, representa outro pressuposto central de sua teoria, não só pelo que decorre das passagens acima, em que aparece como uma espécie de moldura para o processo democrático, mas também por ser uma expressão da razão pública e base de justificação das decisões políticas que envolvem a estrutura básica da sociedade. No esquema rawlsiano ela é um produto imediato da aplicação dos princípios de uma dada concepção política de justiça, e inclui, em seus elementos essenciais, os desenhos institucionais básicos concebidos para a realização de uma determinada forma de justiça procedimental que visa alcançar um resultado justo. (RAWLS, 2016, p. 242). Assim, o agir político, ou em outras palavras, a tomada de decisões políticas, perpassa necessariamente pelo conteúdo constitucional, seja quanto aos limites materiais impostos por seus princípios, seja quanto ao processo político propriamente dito – que, espera-se,

represente alguma forma de democracia. É certo, contudo, que o conteúdo de uma constituição, que é veiculado através da linguagem, está repleto de indeterminações que dificultam sua aplicação como razão prática. Assim, considerando que tanto os princípios substantivos quanto o procedimental precisam ser justos sob um ponto de vista político, é preciso perquirir sobre a forma de se superar essas indeterminações para alcançar uma interpretação que corresponda àquela concepção de justiça da qual decorrem. Vale dizer, é preciso definir uma fórmula epistêmica para se determinar um sentido normativo constitucional[17] que corresponda aos valores da cultura política da sociedade que vem a constituir o conteúdo da razão pública. Nas palavras de Rawls,

> O ideal é que uma constituição justa seja um procedimento justo para assegurar um resultado justo. O procedimento seria o processo político regido pela constituição; e o resultado seria o conjunto das leis promulgadas, ao passo que os princípios de justiça definiriam um critério de avaliação independente para ambos, procedimento e resultado. Na tentativa de alcançar esse ideal de justiça procedimental perfeita, o primeiro problema é conceber um procedimento justo. Para isso, é preciso que as liberdades da cidadania igual sejam integradas à constituição e por ela protegidas. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade de direitos políticos. O sistema político, que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não incluísse essas liberdades. (RAWLS, 2016, p. 242)

Para entender o que o autor considera como procedimento e resultado justos e como eles se articulam com os princípios de justiça é preciso compreender a sequência de quatro estágios. O primeiro estágio envolve a posição original e a escolha dos princípios de justiça. O segundo está relacionado com o conteúdo da Constituição, pensada de tal forma que melhor produza resultados conforme aqueles princípios escolhidos no estágio anterior e que reflita arranjos institucionais justos e efetivos. O terceiro e quarto estágios se referem respectivamente à legislação produzida pelos representantes do povo e à observância das normas pelos cidadãos, administradores e juízes. Em cada um desses estágios o véu da ignorância[18] é ajustado para garantir o conhecimento necessário para a tomada de decisão em condições equitativas de participação. (RAWLS, 2016, p. 240-245)

[17] E não "o" sentido normativo constitucional. Isso porque se admite mais de uma interpretação coerente com os princípios de justiça, sendo que a razão pública impõe tão somente uma variante razoável de uma concepção política.

[18] Artifício representativo utilizado por Rawls para garantir a imparcialidade na tomada de decisões políticas sobre a estrutura básica da sociedade. A imparcialidade é o pressuposto para a igualdade de participação.

Em síntese, nesse sistema, os cidadãos representados na posição original decidem, em primeiro lugar, sobre os princípios substantivos que orientarão as decisões sobre a estrutura básica da sociedade. Esses princípios integram a concepção política de justiça que, conforme já destacado no capítulo anterior, é constituída também pelas diretrizes de indagação, que incluem os valores da razão pública além de virtudes políticas como a razoabilidade e o dever moral de civilidade. A partir daquela concepção política de justiça forma-se um corpo constituinte que tem que decidir sobre "os poderes constitucionais do governo" e "os direitos fundamentais dos cidadãos" (RAWLS, 2016, p. 241), além dos arranjos institucionais adequados para a realização de uma justiça procedimental voltada para a produção de leis e decisões políticas justas e efetivas. De acordo com a sequência de quatro estágios, uma constituição justa é aquela adotada a partir das restrições do segundo estágio. Do mesmo modo, o processo político será justo se obedecer a essas mesmas restrições, que correspondem aos limites impostos pelos princípios de justiça e os valores da razão pública. Essa conclusão é reforçada pela seguinte passagem de O Liberalismo Político:

> Portanto a ideia de legitimidade política baseada no critério de reciprocidade diz: nosso exercício do poder político é adequado apenas quando acreditamos sinceramente que as razões que ofereceríamos para nossas ações políticas – caso tivéssemos de formulá-las como autoridades públicas – são suficientes e pensamos razoavelmente que outros cidadãos também poderiam razoavelmente aceitar essas razões. Esse critério se aplica em dois níveis: um é o da própria estrutura constitucional, o outro é o das normas e leis particulares aprovadas em conformidade com essa estrutura. Para serem razoáveis, as concepções políticas só devem justificar Constituições que satisfação esse princípio. (RAWLS, 2011, p. 529-530)

Obviamente a sequência de quatro estágios não representa a forma como as assembleias constituintes e as seguidas legislaturas operam, tampouco corresponde ao funcionamento da estrutura burocrática do Estado. Rawls, aliás, afirma isso e adverte que ela deve ser compreendida apenas como um recurso para a aplicação dos princípios de justiça (RAWLS, 2016, 246). Para o presente estudo, todavia, a sequência de quatro estágios serve também para identificar um fundamento epistemológico para a solução dos casos de indeterminação constitucional. Isso porque, se ela apresenta um critério de justiça para se aferir o resultado das deliberações políticas fundamentais, a forma de determinação desse critério representa a sua base epistêmica. Assim, considerando que o critério de justificação de uma decisão política são os princípios determinados na posição original, e que, por sua vez, a posição original é um artifício de representação que impõe

determinadas condições e pressupostos ao raciocínio prático, deduz-se que o conhecimento daqueles princípios de justiça se dá exclusivamente por meio da reflexão individual.

> Em um sistema constitucional em que há controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, ou controle da constitucionalidade sob a responsabilidade de outra instituição, será necessário que os juízes ou as autoridades em questão elaborem uma concepção política de justiça à luz da qual, de acordo com seu ponto de vista, deve se interpretar a Constituição e resolver os casos constitucionais importantes. Somente assim as decisões da legislatura poderão ser declaradas constitucionais ou inconstitucionais, e somente assim eles terão uma base razoável para a interpretação dos valores e padrões que a Constituição incorpora de forma explícita. Não cabe dúvida de que essas concepções terão papel importante na política dos debates constitucionais. (RAWLS, 2011, p. 196)

Fica claro que qualquer instituição ou autoridade pode formular uma concepção política de justiça à luz da qual se buscará uma interpretação constitucional, sem que seja atribuído qualquer valor ou que haja qualquer preferência *a priori* por um procedimento político representativo-deliberativo. Portanto, a base epistêmica é o raciocínio individual reflexivo e o método normativo para a aplicação dos princípios, a sequência de quatro estágios. Isso é válido para uma assembleia legislativa ou para o poder judiciário.

Conrado Hübner Mendes sugere que, em sua teoria normativa, Rawls prescreve a atuação de uma Corte Constitucional[19] como uma função que deve ser incorporada à democracia para "conferir à razão pública 'vivacidade e vitalidade no fórum público´ [...] forçar o debate público a se imbuir por razões de princípio." (MENDES, 2015, p. 227-228). Nessa perspectiva, o processo democrático acolhe a Corte Constitucional como uma instituição que lhe é inerente. A Corte seria "criatura da razão pública" e teria a razão pública como "seu único idioma", sobrepairando as decisões das demais instâncias de poder político que devem se pautar pelo mesmo conteúdo normativo, pela mesma razão (MENDES, 2015, p. 228). Isso situa o *judicial review* em uma instância política decisória dentro de uma concepção mais ampla de justiça procedimental, funcionando como uma instância de veto dentro do processo político democrático.

Não obstante, é preciso advertir que as decisões políticas, quer seja de uma assembleia, quer sejam de uma Corte Constitucional, não podem se distanciar das

[19] Apesar de o Supremo Tribunal Federal preservar certas competências que, nas palavras do ex-Ministro Carlos Velloso, "não condizem com a sua condição de Corte Constitucional" (VELLOSO, 1993, 8-9), ela é reconhecida e tratada como tal na presente pesquisa, um a vez que é responsável pelo Controle de Constitucionalidade e guarda da Constituição.

circunstâncias sociais e políticas que animam a cidadania democrática, sob o risco de serem percebidas pelos cidadãos como ilegítimas; e apenas "quando os cidadãos acreditam que as instituições e os procedimentos políticos são justos, eles se dispõem a fazer sua parte naqueles arranjos." (RAWLS, 2011, p. 193). Sem isso, a sociedade não alcançaria um consenso constitucional e tampouco um consenso sobreposto. O *New Deal*, como exemplo mais comum[20], representou na história constitucional norte americana uma mudança radical do posicionamento da Suprema Corte, imposta por uma maioria ampla, consistente e duradoura que conseguiu alterar os princípios substantivos de sua concepção política de justiça construída até então.

Diante de tudo é possível concluir que, para Rawls, a Constituição representa uma moldura para o processo democrático, a partir da qual são desenhadas as estruturas necessárias para a realização de uma justiça procedimental que seja capaz de refletir princípios de justiça. Esses princípios são conhecidos por meio do raciocínio reflexivo e articulados a partir de um modelo hipotético de aplicação. E a democracia corresponde à forma de governo que permite aos cidadãos oferecerem uns aos outros razões públicas para a tomada de decisões políticas, observados os procedimentos e desenhos institucionais previstos na constituição, que podem incluir alguma forma de revisão constitucional por juízes ou autoridades não eleitas. Para Rawls, tanto a forma procedimental como o resultado obtido a partir do processo político precisam ser justos,

[20] Esse exemplo consta da citação de Rawls no final do segundo capítulo, em que ele afirma que a constituição é o que o povo permitirá à Corte dizer que é. No livro *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal* é apresentada a seguinte narrativa a respeito dessa mudança de posicionamento da Suprema Corte Americana: "Durante a ´Grande Depressão´, grave crise econômica dos anos 30, Roosevelt lançou um amplo programa de intervenção econômica e social, conhecido como *New Deal*, com o propósito de recuperar a economia norte-americana e proteger as classes sociais mais pobres e prejudicadas pela crise. A Suprema Corte, em maio de 1935, seguindo os mesmos princípios conservadores que caracterizaram sua jurisprudência das últimas décadas do século XIX e em *Lochner*, negou validade a três dessas importantes medidas. Para a maioria conservadora, o Congresso havia delegado inconstitucionalmente poderes ao presidente para intervir na economia. Nem mesmo circunstâncias extraordinárias, como as que se faziam presentes na ocasião, justificariam tamanha interferência nos negócios particulares. Depois dessas decisões a Corte ainda anulou outras medidas, colocando-se, definitivamente, em situação não apenas de impopularidade, mas em espessa zona de conflito institucional, contrapondo-se ao Executivo e ao Legislativo sob a liderança de Roosevelt. O presidente decidiu investir contra a própria estrutura conservadora da Suprema Corte, formulando o que ficou conhecido como *Court-Packing Plan*: ele propôs ao Congresso, em 5 de fevereiro de 1937, lei estabelecendo a nomeação de um juiz adicional para cada outro da Corte que superasse a idade de 70 anos. Como a Corte era, na época, a mais velha da história (a *Old Court*), Roosevelt poderia então nomear até seis juízes de uma só vez e, assim, povoá-la com homens que apoiavam o *New Deal* e colocar ponto final no ativismo judicial conservador até então vigente. O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois a proposta de "abarrotar" a Corte não teve apoio popular nem político, mas Roosevelt, com a pressão política que exerceu, no final alcançou a vitória: em pouco mais de um mês depois, em uma série de decisões iniciada com *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, a Suprema Corte 'capitulou em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional' e superou as decisões anteriores contra o *New Deal.* (CAMPOS, 2014, p. 69)

e o povo dá a última palavra na medida em que confere ou destitui legitimidade à decisão por uma maioria estável, consistente e duradoura. Dessa forma, ao dizer que o povo pode impor determinada interpretação à corte por meio de emendas, está subentendida a ideia de que ela esteja consoante com uma concepção política de justiça razoável e amparada por uma maioria qualificada, não contingente. Rawls não confere um *pedigree* a qualquer instância política, ao contrário, exige para a validade de uma decisão o requisito da legitimidade que é alcançado a partir de sua adequação ao ideal da razão pública. Porém, temos que admitir que, ao menos procedimentalmente, a Suprema Corte parece decidir por último, ainda que sua posição possa vir a ser alterada em um momento posterior em razão de pressões populares – como no exemplo do *New Deal* –, o que faz presumir a reabertura do debate dentro do processo político.

3.2 Uma crítica à teoria de Rawls

Aqui é oportuna a crítica de Jeremy Waldron, com implicações importantes para o presente trabalho, lançando uma nova perspectiva sobre o processo democrático, especialmente quanto ao papel do poder legislativo[21]. Waldron (2003, p. 88) afirma que a sequência de quatro estágios força uma operação da legislatura "à sombra, por assim dizer, de conclusões substantivas sobre a justiça". Os princípios fundamentais que servirão de orientação para as escolhas e decisões políticas já estão determinados e constituem uma forma de consenso. Assim,

> não permite absolutamente nenhum lugar para a deliberação entre as pessoas que discordam quanto à justiça (...) A ideia de deliberação entre pessoas que discordam quanto a quais conclusões a primeira etapa (a posição original) geraria ou – mais provavelmente – que discordam quanto a ser a posição original uma maneira de enfrentar as questões da justiça não desempenha nenhum papel. (WALDRON, 2003, p. 89)

Essa condição da teoria de Rawls privilegiaria a Suprema Corte dentro da estrutura decisória, posto que, não havendo desacordos profundos sobre os princípios de justiça e sendo a razão pública o único idioma do judiciário, esse se torna o *locus* mais provável e confiável para uma base epistêmica sobre princípios – considerando que o legislativo estaria habitado por razões auto-interessadas e facciosas. "O pensamento

[21] O presente estudo não se limita ao confronto das decisões políticas entre o poder judiciário e o poder legislativo, contudo essa dinâmica é oportuna para a articulação dos conceitos e argumentos dos marcos e referenciais teóricos adotados.

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, 2003, p. 5)

No entanto, para o autor, uma sociedade não idealizada é marcada por uma condição permanente de desacordo moral e nenhuma instituição seria capaz de evitar essa discordância (WALDRON, 2003, p. 46). Diante disso, rejeita as justificativas a favor do *judicial review* e apresenta uma visão dignificada da legislação, bem como uma defesa da regra da maioria, a partir da teoria da autoridade e da "física do consentimento"[22].

Para o aprofundamento dessa crítica, consideremos, por exemplo, o ensaio publicado por Susan Alberts, Chris Warsaw e Barry R. Weingast, em que são analisadas as condições que apoiaram a manutenção do regime constitucional democrático no Chile a partir do processo de transição do governo autoritário de Augusto Pinochet. Antes, porém, importa destacar que a abordagem envolve uma visão elitista[23] e um modelo teórico descritivo em que a democratização depende das ameaças e da capacidade que grupos políticos rivais têm para impingir, reciprocamente, custos à manutenção do poder um do outro, e nas escolhas sobre os desenhos constitucionais capazes de reduzir esses custos, forçando, por assim dizer, uma democracia auto imposta. A compreensão desses pressupostos teóricos é importante para contrastar com o modelo normativo de Rawls, cuja pretensão é oferecer uma forma de se pensar a estrutura básica da sociedade de um ponto de vista da justiça. Essa diferenciação é útil, ainda, para destacar que os objetivos e espectros de cada uma das teorias colocam-nas em patamares diferentes, de modo que a aceitação das afirmações de uma, não gera qualquer tipo de objeção à outra. No entanto, esse estudo de caso permitirá uma análise crítica sobre o papel das instituições no processo democrático, bem como um ponto de vista específico sobre o tensionamento entre constituição, democracia e prática político-social em uma sociedade não idealizada.

A concepção de democracia auto imposta, trabalhada pelos autores acima mencionados, exige que, para a sobrevivência do regime democrático, as partes detentoras de poder suficiente para causar uma ruptura escolham não o fazer, optando por

[22] A Física do Consentimento é o título do capítulo 5 do livro *A dignidade da legislação* em que Waldron utiliza uma passagem de John Locke baseada na ciência natural para explicar a decisão majoritária.

[23] De acordo com Schumpeter, citado por Nino (1996, p. 80), numa visão elitista, a democracia se mostra como um método em que o sistema institucional é usado para chegar a decisões políticas, onde alguns indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo apoio do povo. No original: "According to this theory, the democratic method is an institutional system used to reach political decisions, within some individuals acquire the power to decide through a competitive struggle for the people's support.".

respeitar as regras constitucionais acordadas em um dado momento histórico (ALBERTS, 2012, p. 69).

Tomando como ponto de partida um regime autoritário e um grupo de oposição, a democratização surge quando os opositores podem ameaçar o governo, impondo-lhe um alto custo[24] para a manutenção do *status quo*, de maneira que o grupo hegemônico prefere ceder a um processo de democratização que lhe garanta a manutenção de determinados privilégios assegurados por regras contramajoritárias. Essas regras representam o ponto de equilíbrio entre as forças políticas antagônicas. Isso porque, se por um lado a manutenção do autoritarismo impõe elevados custos à elite dominante, uma democracia majoritária, como o outro espectro político, representaria uma ameaça ainda maior – devido ao risco de retaliações que poderiam afetar as liberdades civis e políticas ou mesmo gerar prejuízos de ordem patrimonial, como expropriações etc. Desse modo a transição para uma democracia com regras contramajoritárias que garantissem a preservação de determinados privilégios se mostra, entre as alternativas, a de menor custo à elite. Por outro lado, a oposição não tem força suficiente para estabelecer ou manter uma democracia puramente majoritária, sendo, da mesma forma, de menor custo uma democracia contramajoritária, se comparada com a manutenção do regime imposto. Estas regras contramajoritárias são, portanto, a chave para a transição entre os regimes e também para a manutenção da democracia, contendo um sentido normativo próprio, decorrente de uma negociação que abrange os desenhos do Estado, suas instituições básicas e direitos. O ponto crítico nessa passagem rumo à democratização é que ambas as partes devem acreditar que os acordos institucionais recém-estabelecidos os colocam em uma melhor posição dentre as alternativas possíveis, de maneira que pró-autoritários e pró-democratas se sintam inclinados a seguir a barganha constitucional, preservando o acordo tal como fora concebido, sem qualquer forma de subversão do seu conteúdo (ALBERTS, 2012, p. 70-74).

> Esse insight em relação à democracia contramajoritária ajuda a explicar outra característica frequente da maioria das democratizações enfatizadas na literatura substantiva, mas ausentes nos modelos existentes: pactos. Um pacto é um acordo que define as regras que governam o exercício do poder e fornece garantias para os interesses vitais daqueles que o subscrevem (O'Donnell e Schmitter 1986: 37). Pactos geralmente ocorrem quando nenhum dos grupos concorrentes pode impor unilateralmente sua solução preferida ao outro. Embora reconheçam que os pactos nem sempre são viáveis, O'Donnell e Schmitter (1986: 38–39) argumentam que eles aumentam fortemente a

[24] Entre esses custos são dados como exemplos os conflitos ideológicos, étnicos, religiosos, econômicos capazes de causar instabilidade social e prejuízos de ordem patrimonial.

> probabilidade de se estabelecer uma democracia viável. [25] (ALBERTS, 2012, 86).

Passando para o estudo de caso, os autores destacam que após o golpe militar de 1973, que depôs o presidente socialista Salvador Allende Gosses, Augusto Pinochet instaura um regime com profundas transformações econômicas em direção a um modelo de livre mercado e impõe severas restrições à participação política, em especial aos setores da esquerda, tidos como uma ameaça pela elite econômica. Em 1980 os militares conseguem a aprovação, por meio de referendo, de uma nova Constituição que buscava garantir a legitimação e os fundamentos institucionais do regime imposto. Esta Constituição representou a base do projeto de governo militar, criando a chamada democracia protegida, com normas transitórias que estendiam o regime até 1989 e disposições de caráter permanente que entrariam em vigor após um plebiscito programado para 1988, cujo objetivo era aprovar o candidato das forças armadas à presidência – que presumivelmente seria Pinochet. Se esse candidato vencesse, manteria o poder por mais oito anos. Caso perdesse, seriam realizadas eleições abertas no ano seguinte para presidente e para uma legislatura bicameral. Dentre as disposições permanentes haviam regras contramajoritárias – chamadas pelos opositores de "enclaves autoritários" –, que incluíam nove senadores designados (de um total de 26), um Conselho de Segurança Nacional dominado pelos militares e dotado de amplos poderes, restrições ao poder do presidente de nomear e destituir os chefes dos serviços militares, bem como a outras questões da esfera decisória de agentes políticos eleitos. Constava ainda a exigência de uma supermaioria para a alteração do texto constitucional e regras de exclusão de indivíduos, partidos ou movimentos considerados hostis à democracia. Em 1988, contudo, a oposição democrática[26] impôs uma derrota ao regime autoritário e deu início a interações estratégicas de transição. O resultado das eleições (54% para a

[25] This insight with respect to countermajoritarian democracy helps explain another frequent feature of most democratizations emphasized in the substantive literature but missing from existing models: pacts. A pact is an agreement that defines the rules governing the exercise of power and provides guarantees for the vital interests of those entering into the pact (O'Donnell and Schmitter 1986: 37). Pacts often occur when neither competing group can unilaterally impose its preferred solution on the other. Although they acknowledge that pacts are not always viable, O'Donnell and Schmitter (1986: 38–39) argue that pacts strongly enhance the probability of establishing a viable democracy.

[26] A oposição democrática foi forjada a partir dos partidos de centro-esquerda remanescentes do regime democrático – *concertación de Partidos por la Democracia* – que, superando as questões ideológicas se inseriram de maneira pragmática no marco institucional autoritário com o objetivo de modifica-lo, conseguindo derrotar o regime autoritário no plebiscito de 1988 e eleger Patricio Aylwin Azócar nas eleições presidenciais de 1989. A coalisão era formada por 17 partidos políticos, sendo os mais importantes: Partido Democrata Cristão, Partido Pela Democracia (PPD), Partido Socialista e o Partido Radical Social Democrata (GARRETON M., 1992, p. 63- 65).

oposição democrática contra 43% para os militares) demonstrou a força da oposição popular ao regime autoritário, possibilitando a negociação de 54 emendas ao texto constitucional. Os militares, conscientes do fato de não terem o apoio da maioria da população, moderaram sua estratégia e engajaram-se em negociações para preservar o desenho constitucional básico. A oposição democrática por sua vez, ciente da força dos militares e do fato de que mais de 40% dos eleitores apoiavam o regime, consentiram em manter as regras contramajoritárias extremas. Essa consciência da capacidade recíproca de cada grupo infligir punições resultou em uma reforma constitucional moderada, sem ruptura da estrutura contramajoritária. Contudo, a reforma logrou eliminar algumas disposições e suavizar outras. A título de exemplo quanto ao que foi alterado: houve o aumento de vinte e seis para trinta senadores, diminuindo o impacto dos nove não eleitos, designados pelos militares; uma redução, ainda que comedida, do quórum necessário para alteração do texto constitucional; e a retirada da proibição de participação política daqueles indivíduos ou grupos considerados pelo regime autoritário como hostis à democracia. De outro lado, foram mantidas a autonomia das forças armadas, assim como os mecanismos de supervisão militar das instituições políticas e a continuação de Pinochet como chefe do exército até 1998; bem como regras eleitorais que privilegiavam os partidos da direita (ALBERTS, 2012, p. 87-89).

> Dada a ameaça militar credível, as elites democráticas no Chile consideraram indesejável renegar ou subverter a constituição. De fato, apesar do fato de não gostar de operar sob a constituição militar imposta, a oposição (e subsequentemente o novo governo) "queria evitar dar a Pinochet qualquer desculpa para renegar o acordo constitucional que havia sido fechado" (Siavelis 2008: 193).[27] (ALBERTS, 2012, p. 91).

Resumidamente, os novos arranjos constitucionais acordados no final do regime autoritário permitiram a estabilidade democrática. A disposição dos seguidos governos eleitos em honrar o pacto constitucional permitiu que os opositores do regime militar ganhassem e mantivessem o poder, embora tenham tido que moderar suas políticas de acordo com as regras contramajoritárias – ou enclaves autoritários. A longo prazo, no entanto, os próprios interesses dos grupos foram se alterando até que, quinze anos depois das eleições de 1989, todos os enclaves de veto foram inteiramente removidos do texto

[27] Given the credible military threat, democratic elites in Chile viewed reneging or subverting the constitution as undesirable. Indeed, despite the fact that it did not relish operating under the military-imposed constitution, the opposition (and subsequently the new government) “wanted to avoid giving Pinochet any excuse to renege on the constitutional deal that had been struck” (SIAVELIS 2008: 193).

constitucional (ALBERTS, 2012, p. 96). Os governos eleitos democraticamente optaram por alterar a constituição dentro das disposições que permitiam a emenda, em vez de renegar ou subverter o texto constitucional, preservando a Constituição Histórica[28].

A narrativa do caso chileno sugere que, em situações extremas de desacordos, quando não é possível dizer que haja uma concepção política de justiça compartilhada pelos grupos sociais, a estabilidade requer a construção de um pacto entre as forças políticas hegemônicas, dentro de certos limites procedimentais. Nesse caso, não há como se falar em razão pública, posto que não se está diante de uma sociedade bem ordenada. A estabilidade política não é dada pelas razões certas, num sentido rawlsiano. Ao contrário, está-se diante de uma sociedade sob ameaça de ruptura constitucional, onde parece não haver lugar para a judicialização dentro de um ideal de justiça. Sem dúvida, foram os processos políticos eleitorais e legislativos que promoveram de forma contínua e moderada a transição democrática e mantiveram a democracia sob um regime constitucional. Nesse cenário a corte constitucional não poderia julgar a partir de princípios de justiça, mas apenas com base no pacto, ou, antes deste, no texto outorgado.

Essa digressão, conforme já dito, não tem por finalidade negar a teoria normativa de Rawls, que será retomada mais à frente, mas sim proporcionar uma visão crítica sobre o papel das instituições para a estabilidade de uma sociedade constitucional e democrática, permitindo lançar novas luzes e novos questionamentos sobre o tema, como: até que ponto se deve preservar um pacto constitucional? Quais seriam as razões para preservá-lo? Dada a existência de um pacto constitucional, que proporcionou a transição democrática, qual seria o papel do poder judiciário na manutenção dessa democracia? E quais limites lhe são impostos por esse modelo democrático auto imposto? Considerando as consequências de uma subversão do sentido acordado pelas partes no pacto constitucional, uma base epistêmica fundada na reflexão individual é confiável?

Quanto a essa última pergunta, em razão das consequências que uma decisão solipsista poderia causar ao contrariar algum dos interesses que conferem estabilidade ao pacto constitucional, considera-se insuficiente e perigosa uma base epistêmica estabelecida tão somente na reflexão individual, especialmente considerando que o ativismo judicial é um dado e que algumas decisões estão muito longe de corresponder a

[28] A expressão "Constituição Histórica" foi introduzida para facilitar a articulação desse caso em particular com a teoria de Carlos Santiago Nino que será desenvolvida neste capítulo. A Constituição Histórica corresponde a uma das dimensões da constituição complexa e representa o documento textual criado em uma fundação constitucional e interpretado ao longo da história de uma nação (NINO, 1996, p. 15). Além disso, o autor aborda esse caso específico da constituição chilena, como se verá.

uma concepção razoável daquilo que a sociedade poderia esperar, conforme se viu no capítulo anterior. Essas pré-compreensões determinaram a escolha do segundo marco teórico que será articulado na sequência deste capítulo, correspondente à concepção de democracia deliberativa desenvolvida por Carlos Santiago Nino, a partir da qual pretende-se oferecer uma resposta a cada um dos questionamentos apresentados acima. Ao final, será feita uma aproximação desse marco teórico com a teoria normativa de John Rawls, especialmente quanto ao ideal de razão pública.

3.3 A teoria de Carlos Santiago Nino

Para Nino, o constitucionalismo requer tipicamente obediência à Constituição Histórica, considerada como a convenção social mais básica de uma sociedade interpretada ao longo do tempo pelos atores de uma prática justificatória. Aquela exigência persiste mesmo quando a constituição restringe o funcionamento do processo democrático e não é completamente legitimada por ele (NINO, 1996, p. 15).

Porém, para o autor as leis promulgadas e a própria Constituição Histórica não fornecem por si mesmas uma base de justificação para as ações ou decisões, ao contrário, ele sustenta a existência de princípios morais autônomos, aceitos por um valor intrínseco – não porque foram promulgados ou endossados por alguma autoridade. A partir desse pressuposto teórico, concebe um tensionamento entre a Constituição Histórica e uma Constituição Ideal de direitos, além de uma visão epistêmica da democracia segundo a qual as leis democráticas constituem razões para se acreditar que existam valores morais para se agir ou decidir de uma determinada maneira – ou, em outras palavras, "as leis promulgadas democraticamente constituem razões não substantivas, mas epistêmicas"[29] (NINO, 1996, p. 134). Por ora, é preciso compreender que a Constituição Ideal é composta por um conjunto de direitos fundamentais construídos a partir de uma base metaética, que se constitui a partir da prática do discurso moral – logo, aquele conjunto de direitos ideais não resultam do processo democrático, sendo apenas reconhecidos por este.[30]

[29] "The laws enacted democratically constitute not substantive reasons but epistemic ones." (NINO, 1996, p. 134)

[30] Nino destaca que essa forma de construtivismo é em si uma convenção, contudo, ela se constitui a partir de uma base ampla e geral, de maneira que é mais estável do que os padrões morais substantivo específicos.

A par daquele tensionamento entre as dimensões (real e ideal) do constitucionalismo, o autor distingue ainda a tensão entre direitos e democracia, argumentando que aquele valor epistêmico exige determinadas condições, incluindo o reconhecimento de uma relação de direitos *a priori*, que acabam resultando na diminuição do escopo do próprio processo democrático.

A análise dessas tensões da constituição complexa bem como do valor epistêmico da democracia oferece respostas as questões levantadas no presente estudo, especialmente quanto ao papel do Poder Judiciário e a importância da cultura e da prática política da sociedade na interpretação do texto constitucional.

3.3.1. Tensões do constitucionalismo, paradoxos da indeterminação e superfluidade

A tensão entre as dimensões da constituição complexa enfrenta dois aparentes paradoxos, que correspondem à indeterminação radical e à superfluidade da Constituição Histórica. Caso se confirmassem, qualquer um deles tornaria essa dimensão do constitucionalismo irrelevante para a prática justificatória, negando aquele pressuposto básico apresentado no início do tópico anterior, segundo o qual o constitucionalismo requer tipicamente a obediência à sua dimensão histórica (NINO, 1996, p. 15).

O primeiro paradoxo, o da indeterminação radical, surge quando a Constituição é concebida unicamente como um texto ou documento, ou como os atos de fala que os conduzem. Isso porque o texto em si não pode ser empregado no raciocínio prático sem que antes seja convertido em proposições para o raciocínio justificatório. Esse processo exige em várias etapas o uso de considerações normativas que se forem desconsideradas levam a uma indeterminação irredutível do texto ou a um número indefinido de significados possíveis e incompatíveis com a própria constituição (NINO, 1996, p. 16).

É preciso ter em mente que os "construtores de uma constituição", *i. e.*, aqueles agentes das forças políticas que participam da fundação da ordem constitucional, concebem o texto a partir de determinados valores morais que habitam a cultura política da sociedade, valores que compõe a dimensão ideal da constituição complexa (NINO, 1996, p. 18). Dessa forma, parece lógico que a interpretação do texto quando aplicado a uma prática decisória deve considerar essa dimensão ideal e não apenas o texto de um ponto de vista léxico.

Além disso, essa indeterminação não estará presente no mesmo grau se concebermos a Constituição Histórica como uma prática ou convenção gerada não apenas

pela promulgação de seu texto, mas também pelas ações, atitudes e expectativas de juízes, legislaturas, autoridades governamentais e cidadãos em geral (NINO, 1996, p. 25). Considerada como convenção, a constituição passa a ser compreendida como uma série de respostas e significados conferidos ao texto por meio de um trabalho coletivo que envolve toda a sociedade numa prática justificatória contínua, que presumivelmente recorre a considerações avaliativas ao longo do tempo para a conversão do texto em proposições. A aceitação e a observação dessas práticas seguem gerando novas ações, atitudes e expectativas reduzindo indeterminações e revelando os valores morais subjacentes da constituição complexa.

Por sua vez, quanto à superfluidade, o argumento considera o fato de que uma Constituição Histórica não é suficiente em si mesma para fornecer força ou validade obrigatória às regras do sistema legal. Ela própria precisa recorrer a alguma fonte externa que seja capaz de lhe conferir validade. Enquanto não for válida, toda ordem jurídica subjacente não pode ser legitimada. Desse modo, uma Constituição Histórica e toda a ordem legal da qual decorre, dependem de princípios morais autônomos que lhe emprestem validade, posto que apenas esses valores de ordem moral independem de qualquer ato formal de promulgação (NINO, 1996, p. 27). Assim, considerando que o conteúdo de tais princípios seja bastante para legitimar as decisões políticas em uma sociedade, a constituição em sua dimensão real ou histórica seria supérflua.

> O argumento para essa conclusão é bastante simples. Parte do fato de que a legitimidade de uma constituição determinada por princípios morais dependerá do fato de ter determinado conteúdo especificamente, que reconhece certos direitos fundamentais. Se uma constituição reconhecer esses direitos ou outro conteúdo exigido pelo princípio moral, será considerada legítima e capaz de conferir validade às regras que reconhece. Uma vez que a constituição atenda a esse requisito, ela pode servir como razão justificatória. Se ela não reconhece os princípios morais aos quais devemos necessariamente recorrer para justificá-la, devemos chegar a um veredicto negativo sobre a justificabilidade da constituição. Isso significa que somente se a Constituição Histórica contiver os direitos e outros conteúdos exigidos por seus princípios morais subjacentes e excluir regras antagônicas a esses direitos, ela poderá ser relevante para o raciocínio justificatório prático. Como, no entanto, tais direitos podem ser inferidos dos próprios princípios morais, a descrição da prática constitucional é supérflua para qualquer justificativa.[31] (NINO, 1996, p. 28).

[31] The argument for this conclusion is pretty straightforward. It derives from the fact that the legitimacy of a constitution determined by moral principles will hinge on the fact that it has certain content – specifically, that it recognizes certain fundamental rights. If a constitution recognizes those rights or other content required by moral principle, it will be considered legitimate and be capable of confering validity on the rules it recognizes. Once the constitution meets this requirement, it can serve as a justificatory reason. If it does not recognize the moral principles to which we must necessarily resort to justify it, we must reach a negative verdict about the justificability of the constitution. This means that only if the historical constitution contains the rights and other content required by its underlying moral principles, and excludes

Nino rechaça a superfluidade da constituição sustentando que, não obstante o que foi dito a respeito dos princípios morais, as convenções afetam o raciocínio prático. De fato, a Constituição Histórica corresponde à convenção fundamental que determina a vida coletiva de uma sociedade, desempenhando uma função social indispensável, que opera como a base para o funcionamento do processo democrático. Nesse sentido afirma que

> a tese de MacCormick, apoiada pelas idéias de Hume, fornece um argumento poderoso para a relevância da Constituição Histórica para o raciocínio prático. Uma constituição é relevante porque incorpora uma convenção fundamental de um país: um acordo no tempo entre diversos grupos sociais sobre como o poder coercitivo do estado será distribuído e sobre os limites desse poder em relação ao indivíduo. Como uma convenção fundamental para a Sociedade, a Constituição Histórica - mesmo que limite a democracia estabelecendo procedimentos ou restrições que não maximizam as possibilidades de discussão e decisão democráticas - fornece de alguma maneira imperfeita a base da própria democracia. Se valorizamos a democracia, também devemos valorizar seus pré-requisitos.[32] (NINO, 1996, p. 30).

No entanto, mesmo que a Constituição Histórica seja relevante para a tomada de decisões e que o seu conteúdo reflita a própria prática reiterada dessas decisões ao longo do tempo, isso não afasta a necessidade de que haja proposições morais legitimadoras, o que leva ao tensionamento das dimensões histórica e ideal da constituição complexa.

Conforme dito inicialmente, de acordo com a proposta teórica de Nino, as atitudes e as decisões observáveis no discurso prático – que revelam o conteúdo de valores sociais aceitos – devem ser fundadas em razões autônomas, reconhecidas por seu mérito intrínseco. Isso porque, para que as decisões possam influenciar práticas futuras, elas devem seguir diretrizes racionais apropriadas, do contrário todas as decisões seriam *ad nihilo* e dificilmente poderiam convergir para uma mesma base de justificação – a Constituição Histórica, nessa hipótese, se tornaria indeterminada. De fato, uma

rules antagonistic to such rights, can it be relevant for practical justificatory reasoning. Since, however, such rights can be inferred from the moral principles themselves, a description of constitutional practice is superfluous to any justification.

[32] MacCormick's thesis, supported by Hume's insights, provides a powerful argument for the relevance of the historical constitution for practical reasoning. A constitution is relevant because it embodies a conuntry's fundamental convention: an agreement in time between diverse social groups about how the state's coercive power will be distributed, and about the limits of that power with regard to the individual. As a fundamental convention for Society, the historical constitution – even if it limits democracy by stablishing procedures or restrictions which do not maximize possibilities for democratic discussion and decision – provides in some imperfect way the basis for democracy itself. If we value democracy, we must also value its prerequisites.

convergência de ações ou decisões pode decorrer, *v. g.*, de práticas inconscientes, de tal maneira que, do ponto de vista interno – da intenção ou motivação do agente – não correspondam a qualquer proposição justificatória. Nesse caso, seria improvável a continuação dessa mesma prática ao longo do tempo (NINO, 1996, p. 32).

Em razão disso, é concebida uma estrutura em dois níveis: o primeiro requer avaliar a prática em si a partir de princípios autônomos, como aqueles que conformam a Constituição Ideal de direitos. Se a prática ou convenção social for justificável à luz dessa dimensão do constitucionalismo, ela pode servir como proposição justificatória para ações ou decisões no âmbito da sociedade. O primeiro nível, então, busca legitimar a Constituição Histórica à luz da Constituição Ideal de direitos, de maneira que toda a ordem legal passa a ter fundamento moral e não meramente positivista. Apenas no segundo nível de justificação é que a Constituição Histórica, como convenção social, serve de fundamento para ações e decisões de juízes, legisladores, autoridades públicas e cidadãos em geral.

> (i) No primeiro e mais básico nível, as razões que legitimam uma prática social particular estabelecida pela Constituição Histórica devem ser articuladas. Aqui, os requisitos para promover um processo democrático de tomada de decisão e reconhecer os direitos fundamentais são aplicáveis. Eles nos levam a avaliar a legitimidade da Constituição Histórica em termos de se ela é a expressão de um consenso democrático resultante de ampla e livre deliberação e se ela também fornece uma base para a formação de consenso e deliberação em relação a normas de uma categoria inferior. Além disso, podemos avaliar até que ponto a constituição reconhece os direitos fundamentais que são pré-requisitos para o funcionamento adequado do processo democrático.[33] (NINO, 1996, p. 39)
>
> (ii) Se o raciocínio de primeiro nível acima suporta a legitimidade, embora ainda imperfeita, da Constituição Histórica, é possível passar para um segundo nível de raciocínio. Esta é a fase de aplicação, onde a Constituição Histórica é aplicada para justificar ações ou decisões. O raciocínio deste segundo nível deve ser restrito, respeitando os resultados do raciocínio de primeiro nível. Isso significa que razões justificatórias incompatíveis com a preservação da Constituição Histórica são excluídas desde que o raciocínio de primeiro nível demonstre que a constituição é mais legítima, no que diz respeito à Constituição Ideal, do que qualquer alternativa realista. Da mesma forma, uma regra que é impecável de acordo com os princípios morais pode ser

[33] At the first and most basic level, the reasons legitimating a particular social practice constituted by the the historical constitution must be articulated. Here the requirements of promoting a democratic processo of decision making and reconignizing fundamental rights are applicable. They lead us to evaluate the legitimacy of the historical constitution in terms of whether it is the expression of a democratic consensus resulting from ample and free deliberation and whether it also provides a basis for forming consensus and deliberating with regard to norms of an inferior category. In addition, we can evaluate the degree to which the constitution recognizes those fundamental rights that are prerequisites for the proper operation of the democratic process.

> desqualificada ou excluída, se necessário, para a preservação da Constituição Histórica.[34] (NINO, 1996, p. 40)

Nesse modelo teórico, portanto, é presumível que o conteúdo da Constituição Histórica divirja em certo grau da Constituição Ideal. Aliás, Nino admite que em determinadas sociedades, em certos estágios do constitucionalismo, pode ser que ela sequer seja legitimada democraticamente. Não obstante isso, a Constituição Histórica deva ser preservada.

O autor usa como exemplo, para demonstrar os benefícios do constitucionalismo – e que serve também para justificar a preservação da Constituição Histórica –, o regime autoritário de Augusto Pinochet no Chile. Assim como no ensaio apresentado no último tópico, é evidenciado o fato de que, mesmo contendo disposições grotescamente antidemocráticas, a constituição outorgada ajudou a conter abusos governamentais, permitindo avanços em favor da democracia.

> Além disso, muitos avanços democráticos foram alcançados invocando disposições constitucionais em litígios, pois os tribunais às vezes se inclinavam a cumpri-las, a fim de salvar a face da opinião nacional e internacional.[35] (NINO, 1996, p. 5)

Desse modo, a Constituição Histórica é tomada como a segunda melhor racionalidade e deve ser preservada, a menos que ela seja tão ruim que valha a pena arriscar uma refundação. Isso porque, toda e qualquer decisão ocorre dentro de uma prática constitucional e por mais imperfeitas que sejam as práticas sociais de qualquer democracia, elas representam um estágio mais próximo de uma democracia ideal do que sistemas unicamente autoritários (NINO, 1996, p. 41). É a Constituição Histórica, a partir da composição das forças políticas relevantes da sociedade, em seu processo de formação, que fornece as bases para o funcionamento de instituições democráticas e que reconhece

[34] If the above first-level reasoning supports the legitimacy, even though still imperfect, of the historical constitution, it is possible to go on to a second level of reasoning. This is the application phase, where the historical constitution is applied to justify actions or decisions. The reasoning of this second level must be constrained to respect the results of the first level reasoning. This means that justificatory reasons incompatible with the preservation of the historical constitution are excluded as long as the first-level reasoning demonstrates that the constitution is more legitimate, with regard to the ideal constitution, than any realistic alternative. Similarly, a rule that is impeccable according to moral principles may be disqualified or excluded if necessary for the preservation of the historical constitution.

[35] In addition, many democratic advances were achieved by invoking constitutional provisions in litigation, as the courts were at times inclined to abide by them in order to save face before national and international opinion.

um conjunto mínimo de direitos para a participação política, permitindo o aperfeiçoamento moral da ordem jurídica ao longo do tempo. Assim,

> Se a única maneira de tomar decisões moralmente justificadas é fazê-lo no contexto das práticas sociais existentes fundadas por uma constituição, é necessário preservar essa constituição e as práticas geradas por ela, mesmo quando elas se afastam da ortodoxia democrática. Essa necessidade é limitada apenas pela situação em que as práticas são tão ruins que não podem ser melhoradas. Só neste pior caso é uma decisão moralmente justificada, à luz da Constituição Ideal, desconsiderar a Constituição Histórica e enfrentar o risco de não conseguir estabelecer com sucesso outra.[36] (NINO, 1996, p. 38).

Em síntese, a Constituição Histórica é um conceito relevante para o raciocínio prático e corresponde à regularidade de condutas, atitudes e expectativas geradas por decisões políticas sucessivas num trabalho coletivo ao longo do tempo. Ela deve ser preservada enquanto necessária para o funcionamento de instituições democráticas e enquanto reconheça um conjunto mínimo de direitos fundamentais. A indeterminação quanto ao significado de seus dispositivos é afastada a partir da prática justificatória ao longo do tempo, bem como das considerações normativas de ordem moral que constituem a dimensão ideal do constitucionalismo. A legitimidade e aplicação de seu conteúdo dependem do resultado de um raciocínio estruturado em dois níveis. No primeiro, a Constituição Histórica é objeto de justificação, e uma vez reconhecida como práticas sociais válidas, ela própria passa a justificar ações e decisões no âmbito da sociedade. Por fim, a fidelidade a uma Constituição Histórica pode restringir o funcionamento do processo democrático e deixar de reconhecer direitos moralmente válidos, quando tal atitude for necessária para preservar as práticas sociais que representam a própria condição de funcionamento da democracia.

Essas primeiras conclusões são suficientes para responder os questionamentos sobre até que ponto se deve preservar um pacto constitucional e quais as razões para isso.

O exemplo chileno, mais uma vez, permite analisar esse aspecto do constitucionalismo, especialmente para observar a forma como se opera essa tensão entre as dimensões histórica e ideal. De fato, apesar de a constituição ter sido imposta pelo regime militar, com enclaves autoritários que limitavam direitos políticos, foi a sua

[36] If the only way of taking morally justified decisions is to do so in the context of existing social practices founded by a constitution, it is necessary to preserve that constitution and the practices generated by it, even perhaps when they depart from the democratic orthodoxy. This necessity is only limited by the situation where the practices are so bad that they cannot be improved. Only in this worst case is it a morally justified decision, in light of the ideal constitution, to disregard the historical constitution and face the risk of not being able succesfully to establish another.

manutenção que permitiu ao longo de sucessivas legislaturas e governos eleitos a superação daquele regime e o aperfeiçoamento da democracia com a eliminação gradativa das cláusulas contramajoritárias extremas. A subversão do pacto constitucional representaria naquela ocasião um elevado risco à manutenção das instituições democráticas, o que justificou a sua preservação.

Contudo, para responder sobre os limites impostos pelo modelo democrático e o papel do poder judiciário é preciso empreender a análise sobre o valor epistêmico da democracia, não obstante, já seja possível antever, a partir do que foi desenvolvido até aqui, que uma das funções esteja relacionada com a preservação da prática social, ou seja da Constituição Histórica, sem a qual não seria possível operar qualquer decisão.

3.3.2. Valor epistêmico da democracia

Nino sustenta que as leis promulgadas, incluindo a Constituição Histórica, não possuem qualquer valor substantivo para a prática de tomada de decisão. Ao contrário, elas representam razões para se acreditar que existam valores morais justificatórios para determinadas ações e decisões na sociedade. Isso se deve ao valor epistêmico atribuído ao processo democrático. No entanto, é preciso ressaltar que esses valores morais a que se refere são restritos àqueles de natureza intersubjetiva e não perfeccionistas, uma vez que a definição desses últimos padrões de moralidade seria incompatível com uma concepção liberal de direitos.

Nino apresentada três teses ontológicas seguidas de outras três epistemológicas referentes à constituição da verdade moral e à forma de se obter o conhecimento a seu respeito. Na sequência, distingue a sua própria concepção a partir das posições atribuídas a John Rawls e a Jürgen Habermas, que lhe servem como referência.

Em síntese, afirma que a verdade moral rawlsiana seria constituída pela satisfação de condições ou pressupostos formais impostos ao raciocínio prático e que teria como base epistêmica a reflexão individual – aliás essa mesma conclusão foi alcançada neste capítulo a partir da análise da sequência de quatro estágios. A posição original representaria uma dramatização daqueles pressupostos, "o contrato hipotético alude a um pressuposto de raciocínio moral segundo o qual os princípios são válidos quando fossem unanimemente aceitos por todos os sujeitos envolvidos sob condições ideais."[37] E o véu

[37] The hypothetical contract alludes to a presupposition of moral reasoning according to which principles are valid wen they would be unanimously accepted by all the subjects concerned under ideal conditions.

da ignorância impõe ao raciocínio prático a restrição da imparcialidade. (NINO, 1996, p. 108)

Por sua vez, a visão habermasiana sustenta uma verdade moral constituída pelo consenso, como resultado da prática real de discussão moral desenvolvida sob certos pressupostos processuais que garantem, sobretudo, uma decisão imparcial. Do ponto de vista epistêmico o conhecimento moral só seria obtido através da discussão real envolvendo todas as pessoas afetadas pela decisão.

Nino critica essas duas posições. Enquanto a primeira levaria ao elitismo-moral, a segunda levaria ao populismo. A teoria habermasiana, *v. g.*, poderia levar à falsa ideia de que uma decisão respaldada por todos ou por uma maioria estivesse automaticamente correta.

Em contraste com essas duas posições, o autor defende uma teoria metaética, a qual denomina *construtivismo epistêmico*. De acordo com sua visão, a verdade moral "é constituída pela satisfação de pressuposições formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida a obter cooperação e evitar conflitos"[38]. (NINO, 1996, p. 112). A discussão e a decisão envolvendo todos aqueles que são afetados por esse processo constitui-se como a via mais confiável para se ter acesso à verdade moral. Todavia, essa não seria a única fonte possível, apenas a mais confiável. Nino não descarta a reflexão individual. A necessidade de justificação e a troca de informações no processo discursivo ampliam o conhecimento sobre os interesses de todos os envolvidos e sobre os fatos relevantes; reduzem os erros de raciocínio e aumentam as chances de um resultado imparcial. Mas isso não quer dizer que o resultado seja necessariamente o melhor. Esse valor epistêmico da reflexão individual reconhecido por Nino, ainda que de menor grau em relação a discussão pública, confere uma das justificações para a intervenção decisória do poder judiciário, conforme será apresentado mais adiante.

> A Tese E2[39] resolve esses problemas de E3 sem sofrer os defeitos de E1. Segundo E2, o procedimento de discussão e decisão coletiva constituído pelo discurso moral (e até mesmo por seu substituto imperfeito, o sistema decisório democrático) é o método mais confiável de abordagem da verdade moral. Não é o único, no entanto. É possível, embora geralmente improvável, que através da reflexão individual uma pessoa possa representar adequadamente os interesses conflitantes e possa assim chegar a uma conclusão imparcial. É

[38] Moral truth is constituted by the satisfaction of formal or procedural presuppositions of a discursive practice directed at attaining cooperation and avoiding conflicts.

[39] As teses ontológicas e epistêmicas são nomeadas, respectivamente, como O1, O2, O3, E1, E2, e E3. As teses O1 e E1 representariam a posição de Rawls, enquanto O3 e E3 a posição de Habermas. Nino assume uma posição intermediária representada pelas teses O2 e E2.

> concebível que um indivíduo chegue a conclusões mais corretas isoladamente do que por discussão coletiva. Essa possibilidade explica a contribuição que cada um pode dar à discussão e por que ele pode legitimamente exigir que a discussão seja reaberta. A probabilidade de que soluções corretas sejam alcançadas pela reflexão individual aumenta quando se refere às condições prévias para a validade do procedimento coletivo. Este é o problema dos direitos a priori, que é mais restrito que o conteúdo do primeiro princípio de Rawls e que, em minha opinião, constitui a única questão moral cuja solução pelas leis democráticas pode ser revista pelos juízes ou, em último caso, ser objeto de desobediência civil. Dado que o procedimento coletivo é geralmente mais confiável do que a reflexão individual e que o primeiro não estaria operativo se nós sempre decidíssemos obedecer aos resultados de acordo com nossa reflexão individual, uma obrigação de observar o que foi decidido coletivamente é claramente justificada.[40] (NINO, 1996, p. 116-117)

A teoria epistêmica da democracia depende de algumas pressuposições teóricas, como, por exemplo, que a parcialidade das decisões sejam compreendidas como uma decorrência do desconhecimento dos interesses e dos fatos relevantes envolvidos em determinada questão, e não por razões egoístas, de maneira que as pessoas sejam capazes e estejam dispostas a alterar suas próprias opiniões a partir do processo de discussão democrática (NINO, 1996, p. 119). Além disso, requer que as pessoas participem do debate não apenas para apresentar e defender seus interesses, mas também para justificá-los com base em proposições normativas racionais que possam ser aceitas de maneira imparcial. Para tanto, "a política deve incluir como cidadãos plenos todos aqueles cujos interesses estão em jogo em um conflito e podem ser afetados pela solução adotada através do processo democrático."[41] (NINO, 1996, p. 133).

Em suma, Nino argumenta que o valor epistêmico da democracia depende da capacidade que o processo tem para garantir a amplitude de participação daqueles que são afetados pela tomada de decisão; bem como de uma condição de igualdade

[40] Thesis E2 solves these problems of E3 without suffering the defects of E1. According to E2, the procedure of collective discussion and decision constituted by moral discourse (and even by its imperfect surrogate, the democratic decision-making system) is the most reliable method of approaching moral truth. It is not the only one, however. It is possible, thougth generally improbable, that through individual reflection a person may adequately represent to himself the conflicting interests and can thereby arrive at a correct – that is, impartial – conclusion. It is conceivable that an individual reaches more correct conclusions in isolation than by collective discussion. This possibility explains the contribution that each one can make to discussion and why he can legitimately demand that the discussion be reopened. The probability that correct solutions are reached by individual reflection increases when referring to the preconditions for the validity of the collective procedure. This is the subject matter of a priori rights, which is more restricted than the contente of Rawl's first principle and which, in my opinion, constitutes the only moral question whose solution by democratic laws can be reviewed by judges or, in the last resort, be the object of civil disobedience. Given that the collective procedure is generally more reliable than individual reflection and that the former would not be operative if we allways decided whether to abide by results according to our individual reflection, na obligation to observe that which has been collectively decided is plainly justified.

[41] The polity should include as full citizens all those whose interests are at stake in a conflict and may be affected by the solution adopted through the democratic process.

participativa, de liberdade de expressão, da exigência de justificação racional na defesa de cada ponto de vista, do grau de princípios morais envolvidos no debate em contraposição a mera apresentação de interesses, da capacidade de se evitar a formação de maiorias congeladas ou de minorias insuladas, da medida em que a maioria apoia as decisões, da distância no tempo desde que o consenso fora alcançado, e da reversibilidade da decisão (NINO, 1996, p. 199).

A democracia representa um substituto "imperfeito" do processo de discussão moral, e como tal, uma base tão confiável, para se ter acesso aos valores morais de uma sociedade, quanto for a sua aproximação de um processo ideal de discussão – para Nino, uma Constituição Ideal de poder[42] leva a uma Constituição Ideal de direitos. Vale dizer, o grau de valor epistêmico varia de acordo com o nível de satisfação dessas pré-condições observadas no processo. Não é uma condição de tudo ou nada, há um gradiente que deve ser considerado e, desde que se observe um determinado limiar, espera-se que o processo possa se aperfeiçoar a partir da participação coletiva nas discussões.

Ressalta-se que algumas daquelas pré-condições processuais podem ser encaradas como a base de uma declaração de direitos e reconhecidas como direitos *a priori*.

Esses direitos são pressupostos, compõem a Constituição Ideal e representam condições de validade do processo democrático – não são determinados por esse processo. Alguns desses direitos são óbvios, como alguns desdobramentos e formas de expressão da liberdade e da igualdade; outros, são muito difíceis de serem determinados ou mesmo de se distinguirem dos direitos que decorrem do processo democrático (direitos *a posteriori*).

> Não existe uma fórmula algébrica para determinar o conteúdo dos direitos a priori. Alguns bens são tão fundamentais para o bom funcionamento do sistema democrático que, se não forem fornecidos, o processo democrático se deteriorará tanto que seu valor epistêmico se esvai. Se alguém está morrendo de fome, ou muito doente e privado de atenção médica, ou não tem qualquer possibilidade de expressar suas ideias através dos meios de comunicação de massa, o sistema democrático é prejudicado da mesma forma como se ele fosse marginalizado. Mas devemos ter o cuidado de limitar os casos em que estamos preparados para interferir no sistema democrático para sua própria proteção."[43] (NINO, 1996, p. 201).

[42] Uma Constituição Ideal de poder corresponde à dimensão processual da Constituição Ideal. Equivale à estrutura e pressupostos que conferem um resultado ótimo em relação ao valor epistêmico do processo democrático.

[43] There is no algebraic formula to determine the content of a priori rights. Some goods are so fundamental to the proper working of the democratic system that if they are not provided, the democratic process will deteriorate so much that its epistemic value vanishes. If someone is starving, or very ill and deprived of

O alerta feito na parte final dessa passagem não é vão. De fato, quanto maior for a amplitude dos direitos considerados *a priori*, menor será o escopo do processo democrático. Isso porque boa parte da agenda democrática é constituída pelas discussões envolvendo a distribuição adequada de recursos, tais como auxílios e atenção médica.

Nino argumenta que, se todas aquelas questões forem compreendidas como pré-condições do valor epistêmico da democracia, não restará nada para a própria democracia responder, e dessa forma, se perderia o procedimento de maior confiabilidade epistêmica para que se reconheça direitos. O esvaziamento do espaço democrático tornaria o processo estéril e dessa forma não se alcançaria aquele conhecimento. No entanto, ele sustenta que esse paradoxo é evitado porque a própria visão epistêmica da democracia provê um meio de se alcançar um equilíbrio entre as suas pré-condições e o seu funcionamento real. (NINO, 1996, p. 139).

De fato, "a Constituição Ideal do poder não pode levar à Constituição Ideal de direitos sem a interposição de uma Constituição Histórica. A Constituição Ideal dos direitos não é inferida de um procedimento hipotético, mas da operação do processo real de decisão e discussão."[44] (NINO, 1996, p.141). Além disso, em outras ocasiões, Nino afirma que o valor epistêmico do processo democrático deverá ser sempre comparado com outros procedimentos alternativos disponíveis para a tomada de decisão coletiva, incluindo a reflexão individual. Dessa forma, esse pressuposto teórico permite a superação daquele paradoxo na medida em que o próprio processo democrático é submetido à reflexão individual e pode ser substituído por esta última, caso seu valor epistêmico se torne inferior – como no caso de ter se tornado estéril –, de maneira que aquelas pré-condições podem ser rediscutidas e reajustadas. Aliás, as chances de uma resposta correta a partir da reflexão individual aumentam quando relacionada à questão dos direitos *a priori.*

Dada a superioridade epistêmica que o processo de discussão moral tem sobre a reflexão individual, é importante frisar que, a menos que o procedimento democrático materializado na Constituição Histórica seja extremamente pobre, *i. e.*, não consiga

medical attention, or lacks all possibility of expressing his ideas through the mass media, the democratic system is harmed in the same way as if he were disenfranchised. But we must be careful to limit the cases in which we are prepared to interfere with the democratic system for its own protection.

[44] The ideal constitution of power cannot lead to the ideal constitution of rights without the interposition of a historical constitution. The ideal constitution of rights is inferred not from a hypothetical procedure but from the operation of a real process of decision and discussion.

realizar minimamente aquelas condições que conferem valor epistêmico ao processo, a reflexão individual raramente implica em algo mais do que a reabertura do processo de discussão. Aliás, se a reversibilidade da decisão é uma das pré-condições que conferem valor epistêmico ao processo democrático, conforme destacado acima, essa reabertura é necessária. Porém, a superioridade do processo democrático, como regra e condição geral, oferece razões para se respeitar e preferir os seus resultados, ainda que se duvide da sabedoria moral da decisão. Do contrário, o pressuposto da teoria epistêmica de Nino, restaria frustrado.

Esta concepção em torno da superioridade epistêmica do processo democrático conduz a uma posição restritiva em relação à *judicial review*, posto que o processo judicial e a própria estrutura do judiciário não são adequados à amplitude de participação e à concretização daquelas pré-condições que conferem valor epistêmico ao processo.

3.3.3. Judicial review

Nino se filia a estudiosos que levam a sério a dificuldade contramajoritária e cria uma estrutura teórica que confere às práticas democráticas uma primazia em relação a outras formas de tomada de decisão. Isto porque ela representa a base mais confiável para se obter o conhecimento a respeito dos valores morais de uma sociedade e aos direitos que compõem a dimensão ideal do constitucionalismo. Apesar disso, o autor admite em caráter excepcional a intervenção do poder judiciário.

Para a compreensão dessas hipóteses, importa lembrar que a Constituição Ideal é composta por um conjunto de direitos construídos pela prática do discurso moral, a partir de uma base metaética que inclui os princípios da autonomia, inviolabilidade e dignidade da pessoa[45]. Essa dimensão ideal de direitos só pode ser alcançada pela

[45] Esses três princípios - autonomia, inviolabilidade e dignidade – constituem uma ampla base para derivar um amplo conjunto de direitos individuais que se ajustam à dimensão ideal substantiva da constituição complexa. O princípio da autonomia pessoal determina os bens que são o conteúdo desses direitos; a inviolabilidade da pessoa descreve a função desses direitos, estabelecendo barreiras à proteção de interesses individuais contra reivindicações baseadas em interesses de outras pessoas ou de algum todo coletivo; e a dignidade da pessoa permite um tratamento dinâmico de direitos ao permitir o consentimento dos indivíduos para servir como base para as responsabilidades e obrigações que os limitam. Esses três princípios definem uma concepção liberal da sociedade, uma concepção que rejeita as implicações da perfeição, do holismo e do determinismo normativo. (NINO, 1996, p. 53). No original: These three principles – autonomy, inviolability, and dignity – constitute a broad basis for deriving na ample set of individual rights that conform to the substantive ideal dimension of the complex constitution. The principle of personal autonomy determines the goods that are the content of those rights; inviolability of the person describes the function of those rights by establishing barriers of protection of individual interests against claims based on interests of other people oro f some collective whole; and the dignity of the person allows for a dynamic handling of rights by permitting consent of individuals to serve as grounds for the liabilities

operação de uma Constituição Histórica na medida em que esta última observa determinadas exigências da organização ideal do poder. Isso porque o processo democrático representa o substituto "imperfeito" da prática do discurso moral. Assim, retomando o que foi dito antes, é preciso que um conjunto de direitos *a priori* implícitos na organização ideal do poder seja cumprido pelas práticas democráticas da dimensão histórica, de maneira a conferir valor epistêmico suficiente para se alcançar aquele conjunto ideal de direitos.

Por sua vez, para aferir o valor epistêmico do processo democrático é preciso compará-lo com todas as alternativas possíveis para a tomada de decisão. Neste caso, a *judicial review* é defensável sempre que no primeiro estágio justificatório – em que a Constituição Histórica é comparada à dimensão ideal –, o respeito àqueles direitos *a priori* não seja satisfatório e o valor epistêmico resultante não supere o da reflexão individual. Nesse caso é justificável recorrer ao poder judiciário para que este possa estabelecer, por meio do reconhecimento de direitos, as condições que dotam o processo democrático de valor epistêmico. Nessa hipótese, o poder do juiz nada mais é do que o poder de qualquer cidadão, que na prática decisória se vale daquela estrutura de dois níveis de justificação para aplicar princípios morais. A única diferença, nesse caso, é a sua posição institucional em relação ao cidadão comum e o seu dever de julgar conforme os valores morais de uma constituição complexa.

Nino sustenta que, "como a intervenção dos juízes é por natureza unidirecional, seu ativismo nesse sentido está sempre voltado para a ampliação do processo democrático – exigindo mais participação, mais liberdade das partes, mais igualdade e mais concentração na justificação."[46] (NINO, 1996, p. 200) Esse ativismo alçaria o processo democrático a um limiar a partir do qual o valor epistêmico seria confiável o bastante para que as decisões pudessem corrigir as falhas de maneira endógena, aproximando a Constituição Histórica de sua dimensão ideal.

A segunda exceção a favor da *judicial review* guarda relação com o padrão moral ao qual a teoria epistêmica da democracia se aplica e pode ser compreendida como um desdobramento da primeira exceção. Com efeito, Nino distingue a moralidade intersubjetiva daqueles padrões autorreferenciais de excelência pessoal. Para esses

and obligations that limit them. These three principles define a liberal conception of Society, a conception which rejects the implications of perfectionism, holism, and normative determinism.

[46] Since the intervention of the judges is by nature unidirectional, their activism in this respect is Always directed to broadening the democratic process – requiring more participation, more freedom of the parties, more equality, and more concentration on justification.

últimos, a discussão e a decisão coletivas não emprestam substancialmente qualquer condição de superioridade epistêmica. Aqui, a reflexão individual é a única moralmente relevante. De fato, a discussão coletiva e a decisão majoritária conduziriam a um padrão perfeccionista incompatível com os pressupostos da discussão moral, especialmente com os princípios da autonomia pessoal e da dignidade da pessoa. Uma decisão perfeccionista que afasta as escolhas pessoais ou que diminuem a autonomia do indivíduo em favor de alguma maioria são incompatíveis com qualquer concepção liberal de direitos e não possuem qualquer valor epistêmico que justifique sua aplicação. Vale dizer, nessas hipóteses, os juízes não têm razões para acreditar que existam valores morais justificatórios para as práticas sociais e, portanto, não têm motivos para subordinar seu próprio julgamento moral à observância dessas leis, podendo negar-lhe validade ou legitimidade justificatória para ações e decisões futuras. Aliás, o direito de não ser coagido com base em padrões de excelência pessoal constitui-se como um desdobramento dos direitos de liberdade e igualdade de *status*, compondo o conjunto de direitos *a priori* que condicionam o processo democrático. (NINO, 1996, p. 204).

Por fim, conforme antecipado, a última exceção em favor da intervenção judiciária se refere à preservação da própria prática social, ou seja, da Constituição Histórica, necessária para a operacionalização da democracia.

> Esta contingência deve ser reconhecida pelos juízes. Uma decisão democrática pode, mesmo enquanto satisfaz a Constituição Ideal do poder e dos direitos, minar seriamente a convenção que constitui a Constituição Histórica. Considere o caso em que a decisão democrática claramente viola o texto - o aspecto mais saliente da convenção de acordo com as regras convencionais de interpretação. Essa decisão democrática pode ser impecável do ponto de vista dos elementos liberais e participativos do constitucionalismo, mas pode contrariar o elemento que preserva o Estado de Direito. Embora nenhum direito seja violado se a decisão democrática for respeitada, a prática social constituída pela Constituição Histórica pode ser enfraquecida e, como resultado, a eficácia da decisão democrática em grande escala pode ser minada.[47] (NINO, 1996, p. 205)

[47] This contingency must be acknowledged by the judges. A democratic decision may, even while satisfying the Ideal Constitution of power and of rights, seriously undermine the convention that makes up the Historical Constitution. Consider the case in which the democratic decision clearly infringes the text - the most salient aspect of the convention according to conventional rules of interpretation. That democratic decision may be impeccable from the point of view of the liberal and participatory elements of constitutionalism, but it could run counter to the element that preserves the rule of law. While no right would be violated if the democratic decision were respected, the social practice constituted by the Historical Constitution may be weakened, and as a result, the efficacy of democratic decisions writ large may be undermined.

Proteger a Constituição Histórica significa preservar a base que empresta eficácia as próprias decisões democráticas. Dessa forma, invalidar uma decisão democrática moralmente justificável a partir da dimensão ideal de direitos, em determinados casos, se torna a condição para promoção da Constituição Ideal. Este argumento parece comportar uma variação e ser estendido à hipótese de se manter uma decisão moralmente injusta. Mais uma vez, tomemos o exemplo do Chile. Manter os enclaves autoritários que violavam direitos políticos, e, portanto, contrariavam uma concepção ideal e liberal de direitos, representou uma condição para a manutenção daquele limiar necessário para o aperfeiçoamento da democracia. Algo que seria impensável sem a preservação das decisões políticas tomadas sob o amparo da constituição ao longo do tempo.

Concluindo, o reconhecimento do valor epistêmico do processo democrático o coloca em uma ordem preferencial em relação às demais formas de tomada de decisão, incluindo a reflexão individual. Essa característica estabelece uma espécie de *pedigree* à prática de discussão e decisão coletivas. Porém, ao mesmo tempo, as pré-condições para alcançar aquele valor epistêmico submete a democracia a uma constante avaliação comparativa com todas as alternativas decisórias possíveis, o que possibilita a interposição da *judicial review*. Nino sustenta haver três hipóteses para a intervenção judiciária, respeitando e interpondo o valor epistêmico da democracia às dimensões histórica e ideal do constitucionalismo, a saber: (i) garantir um limiar mínimo relativo à distribuição de direitos *a priori* necessário para conferir ao processo democrático um valor epistêmico satisfatório; (ii) afastar decisões que contrariem certos pressupostos do discurso moral, como aquelas que ultrapassam a esfera moral intersubjetiva e afetam o princípio da autonomia pessoal e da dignidade da pessoa, estabelecendo um padrão perfeccionista; e, (iii) manter a Constituição Histórica. Dessa forma, a intervenção do poder judiciário só é possível quando relacionada com as condições e pressupostos que dotam o processo democrático de valor epistêmico ou quando a preservação da Constituição Histórica for necessária para o aperfeiçoamento da democracia e a promoção da Constituição Ideal de direitos.

Essa conclusão, corrobora a resposta anteriormente dada sobre as razões e necessidades de se preservar um pacto constitucional e responde à pergunta referente ao papel do poder judiciário na tomada de decisões políticas, bem como os limites que lhe são impostos pela democracia. Cumpre, por fim, fazer uma aproximação entre as teorias de Carlos Santiago Nino e John Rawls.

3.4 Aproximando as teorias

A teoria epistêmica de Nino oferece algumas respostas específicas sobre as razões para se preservar um pacto constitucional, o valor da democracia e sua relação com o constitucionalismo, bem como sobre o papel e os limites de atuação do poder judiciário dentro de um constitucionalismo liberal ou democrático. Contudo, a par dessa utilidade para o presente estudo, é preciso analisar a sua compatibilidade com o primeiro marco teórico, que se constitui no ideal de razão pública de Rawls. Essa análise exige a comparação dos principais elementos que constituem ambas as teorias, bem como a complementariedade das conclusões que cada uma delas oferece.

Com relação à utilidade do segundo marco teórico, convém destacar que a concepção de uma Constituição Histórica em tensão com uma dimensão ideal permite uma representação teórica dos diversos estágios de organização política apresentado por Rawls, envolvendo as diversas passagens entre o modus vivendi, o consenso constitucional e o consenso sobreposto. Essa representação se mostra útil para responder, *v. g.*, como os valores morais se articulam com as regras democráticas e como o judiciário deve agir quando há apenas um consenso constitucional sem um consenso mais profundo.

Além disso, a teoria de Nino permite uma expansão da base epistêmica e uma definição mais precisa quanto aos limites de atuação do poder judiciário. Cumpre, portanto, avaliar se sua teoria não contraria algum elemento essencial da teoria de Rawls.

Conforme apresentado no capítulo 2, Rawls desenvolve uma teoria normativa em torno de uma base pública de justificação para as questões políticas fundamentais de uma sociedade, que seja estável e compatível com o pluralismo das sociedades atuais, preservando a igualdade moral dos cidadãos e a imparcialidade em relação aos pontos de vista internos das doutrinas abrangentes razoáveis que compõem o tecido social. Em síntese, sua teoria prescreve uma concepção política de justiça que possa ser subscrita por todas as doutrinas abrangentes razoáveis – alcançando um consenso sobreposto –, e que sirva como conteúdo para a razão pública. Aquela concepção política corresponde a uma concepção moral, constituída por uma família de valores implícitos na cultura política de uma sociedade democrática; enquanto a razão pública corresponde a um ideal normativo que traça as linhas fundamentais para a argumentação política, cujo objeto é a estrutura básica da sociedade.

Por sua vez, a teoria epistêmica da democracia está relacionada com a capacidade que os processos de discussão e decisão oferecem para acessar e conhecer os valores morais da sociedade e o conteúdo de uma dimensão ideal da constituição. Desse modo, é válido dizer que a democracia permite conhecer a cultura política da sociedade, que em última instância constitui-se no conteúdo da razão pública. Dessa forma, essa teoria expande a base epistêmica de Rawls, sem negá-la.

Por outro lado, Rawls confere um determinado valor às práticas deliberativas. Segundo afirma, quando deliberam os cidadãos podem revisitar suas opiniões por meio da discussão com outros cidadãos, dando e recebendo razões que ao fim sustentam o respectivo ponto de vista sobre as questões políticas. Portanto, as práticas deliberativas interferem na definição dos valores morais, não obstante eles serem alcançados a partir da reflexão individual.

Outra convergência entre as duas teorias está no estabelecimento de pressupostos que garantem a imparcialidade das decisões. Na teoria rawlsiana esses pressupostos se constituem nas condições da posição original, enquanto na teoria epistêmica da democracia a correspondência se dá com a base metaética da Constituição Ideal – *i. e.* com os pressupostos da prática da discussão moral que representam a base para a construção dos direitos fundamentais. Essa exigência é transferida para a Constituição Histórica, de tal maneira que o valor epistêmico da democracia depende da capacidade que o processo tem para garantir entre outras pré-condições a amplitude de participação de todos os afetados por uma decisão; a garantia da igualdade de participação e liberdade de expressão; da exigência de justificação racional na defesa de cada ponto de vista; do grau de princípios morais envolvidos no debate em contraposição a mera apresentação de interesses; da capacidade de se evitar a formação de maiorias congeladas ou de minorias insuladas; da medida em que a maioria apoia as decisões; da distância no tempo desde que o consenso fora alcançado; e da reversibilidade da decisão. Todas essas pré-condições fazem um paralelo com as diretrizes de indagação de uma concepção política e com os valores da razão pública. Além disso, todos os participantes do processo democrático podem se valer do ideal de razão pública na oferta de seus argumentos.

Por fim, cumpre destacar que as conclusões tiradas a partir da teoria epistêmica de Nino, em que são apresentadas as hipóteses de interferência do judiciário no âmbito do político, não contrariam aquelas alcançadas a partir da teoria de Rawls a respeito dos limites impostos à decisão judicial.

Para Rawls, a razão do poder judiciário deve ser a razão pública, dessa forma suas decisões devem observar os mesmos limites que são próprios da razão pública, dentre as quais se impõe o dever de respeitar as prerrogativas dos órgãos legislativo e executivo e, nesse sentido, atuar em questões políticas apenas quando estiverem envolvidos desacordos a respeito de elementos constitucionais essenciais ou questões básicas de justiça; além disso, impõe-se o dever de justificar publicamente suas decisões de acordo com a concepção política subscrita pela sociedade, não podendo se valer das razões de determinada doutrina abrangente ou ligadas a concepções exclusivas de bem.

Por sua vez Nino sustenta que a atuação do judiciário se limita às hipóteses em que é necessária para (i) garantir um limiar mínimo relativo à distribuição de direitos *a priori* necessário para conferir ao processo democrático um valor epistêmico satisfatório; (ii) afastar decisões que contrariem certos pressupostos do discurso moral, como aquelas que ultrapassam a esfera moral intersubjetiva e afetam o princípio da autonomia pessoal e da dignidade da pessoa, estabelecendo um padrão perfeccionista; e, (iii) manter a Constituição Histórica.

Não há incompatibilidade entre as duas conclusões. Realmente, a primeira hipótese se refere a elementos constitucionais essenciais e a sua base de justificação é a Constituição Ideal que representa uma concepção política subscrita por todos, posto que decorre dos pressupostos do discurso moral que impõe a unanimidade como equivalente funcional da imparcialidade. Se não for compreendida dessa forma, no mínimo ela representa a cultura política da sociedade, que corresponde ao conteúdo último da razão pública. O mesmo pode ser afirmado com relação à segunda hipótese, que inclusive coincide com a vedação ao uso das razões de determinada doutrina abrangente ou ligadas a concepções exclusivas de bem. Por fim a manutenção da Constituição Histórica, de igual maneira, se refere a elementos constitucionais essenciais, especialmente aqueles relacionados com a estrutura geral do Estado e com os direitos civis e políticos, na medida em que a preservação da Constituição Histórica está relacionada com a preservação das práticas e direitos que permitem o funcionamento da democracia.

Convém notar que, de acordo com a teoria de Nino, mesmo quando a Constituição Histórica não possui uma legitimidade democrática, a sua preservação leva em consideração a dimensão ideal da constituição complexa. Portanto, quando o tribunal decide pela manutenção da Constituição Histórica, o faz para a preservação da prática social que permite alcançar a Constituição Ideal de direitos, por outro lado, quando decide não aplicar a Constituição Histórica, o faz a partir da impossibilidade de sua justificação

a partir da Constituição Ideal. Em ambos os casos a decisão leva em consideração a estrutura básica da sociedade e tem por fundamento último a Constituição Ideal. Se se considerar que a constituição é uma expressão da razão pública e que a dimensão ideal representa os valores morais da sociedade e base última de justificação, toda decisão acaba por buscar seu fundamento naqueles valores morais que servem ao fim e ao cabo de conteúdo para a razão pública.

Portanto, a teoria do Nino se revela útil para o presente estudo e compatível com o ideal de razão pública que se constitui no primeiro marco teórico.

4. A EXPANSÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E O ATIVISMO

O capítulo 2 apontou que a judicialização da política decorreu de um processo histórico que incluiu sucessivas reconfigurações institucionais, e que deriva de condições políticas e estruturais experimentadas após a segunda guerra mundial. Dentre elas, e de maneira geral, podem ser citadas o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão[48], a fragmentação do poder político decorrente da expansão democrática e do pluralismo ideológico – observado principalmente no processo de redemocratização dos países da América Latina –, além das alterações na departamentalização do Estado com novas atribuições aos órgãos de poder, especialmente no tocante à função jurisdicional. Essas condições estão imbricadas com os elementos constitucionais essenciais e com as questões básicas de justiça e, portanto, com o objeto da razão pública, vinculando-se aos valores substantivos da mesma concepção política de justiça da qual ela faz parte. Dessa forma, o Poder Judiciário, quando atua no âmbito político está adstrito argumentativamente àqueles valores que ao fim e ao cabo integram a normatividade constitucional.

De fato, conforme os argumentos até aqui apresentados, a Constituição é uma expressão da razão pública e, portanto, ao interpretá-la, o Poder Judiciário deve considerar essa racionalidade como parâmetro de correção. A razão pública, por sua vez, tem por conteúdo os valores morais extraídos da cultura política da sociedade, responsáveis por inspirar os princípios substantivos de justiça e as diretrizes de indagação, que podem ser melhor conhecidos[49] através da discussão coletiva, desde que observadas determinadas pré-condições materiais e procedimentais que conferem valor epistêmico ao processo democrático. Não obstante, esses valores morais podem ser alcançados, também, pelo raciocínio reflexivo individual, sendo necessário observar, sempre, em cada caso, quais são as melhores condições epistêmicas, de acordo com o que foi tratado no capítulo anterior. Nesses termos, nos casos de indeterminação normativa, o sentido mais confiável, emprestado à Constituição, corresponde àquele alcançado a partir da prática justificatória ao longo da história constitucional, construída pelas seguidas legislaturas, pelas autoridades governamentais e pelos cidadãos em geral, sob as condições democráticas adequadas. Releva ainda destacar que, tanto para Rawls quanto para Nino, a Constituição

[48] Destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas/ONU.
[49] Os valores morais.

representa o quadro em que se opera a democracia. Sendo assim, uma análise do seu conteúdo sob a perspectiva histórica, envolvendo as diversas manifestações dos segmentos sociais no processo Constituinte, para a apreensão dos valores e das expectativas da sociedade quanto aos arranjos democráticos da Constituição, incluindo a importância conferida aos direitos fundamentais e os objetivos pretendidos com os novos desenhos institucionais, se mostra metodologicamente adequada para os fins deste trabalho. Nesse propósito, deve ser dada maior atenção as circunstâncias políticas, bem como as posições assumidas pelos atores que influenciaram o processo decisório. É a partir da análise dos elementos constitucionais e das questões básicas de justiça, à luz da conjuntura histórica do Brasil, que se pretende traçar o escopo da judicialização da política e os limites que a difere de uma atitude ativista.

O ponto de partida para esse percurso é a análise das condições que induzem a judicialização.

Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder fazem uma abordagem importante sobre a expansão global do fenômeno da judicialização, de maneira que os seus apontamentos servirão como considerações gerais, após as quais seguirão especificamente as condições observadas no Brasil, trazidas pela doutrina nacional[50], acompanhada de uma análise do processo constituinte de 1987-1988.

Com relação aos autores nacionais, a apresentação das condições facilitadoras da judicialização no Brasil obedecerá a um critério de especialização, com destaque apenas ao que é peculiar da obra de cada um e relevante para a pesquisa. Será adotada essa fórmula em razão de grande parte dos argumentos corresponderem, em certa medida, com aquelas condições gerais apresentadas por TATE (1995). O objetivo, por ora, é destacar apenas os elementos que apontam para os desenhos institucionais, relacionados com as formas de distribuição do poder e com o processo democrático, bem como levantar as informações conjunturais que possam revelar um retrato da sociedade, justificadoras do processo de judicialização. Por fim será feita a abordagem sobre o processo Constituinte, com o cotejamento entre os objetivos democráticos que se pretendia alcançar e as hipóteses de intervenção e limites de atuação do Poder Judiciário, definidos a partir dos marcos teóricos dessa pesquisa.

[50] Especificamente quanto ao tema foram analisadas as obras de BRANDÃO (2017), VERBICARO (2008), VERBICARO (2017), LEITE (2017), MAURÍCIO JR. (2009), STRECK (2016), BARROSO (2015) e VIANNA (2014).

4.1 Condições globais e nacionais para a judicialização da política

TATE e VALLINDER (1995, p. 2-4) apontam como fatores internacionais para a expansão do poder judicial: o fim do comunismo totalitário na Europa Oriental, com o desaparecimento da União Soviética, que deixou para os Estados Unidos, lar da judicialização da política, o *status* de única superpotência, incrementando a ascensão de sua jurisprudência e ciência política pelo mundo; a tendência à democratização na América Latina, Ásia e África; e a Convenção Europeia e o Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo, que influenciaram decisivamente no processo de reforma das constituições europeias após a segunda guerra. A par desses eventos internacionais que fortaleceram a expansão global da judicialização, TATE (1995, p. 28-32) colige as condições domésticas facilitadoras, comuns aos diversos países em que esse fenômeno foi observado. Dentre elas: a presença do governo democrático; a separação dos poderes; a existência de uma política de direitos, fundamentada em uma declaração constitucional, ou, ao menos, reconhecida pelo princípio de que as minorias têm determinadas garantias em face da maioria[51]; a utilização dos tribunais por grupos de interesse sociais ou econômicos, que não enxergam nos processos de tomada de decisão majoritárias uma via possível para a consecução de seus objetivos; o uso dos tribunais pela oposição, quando não conseguem se opor às iniciativas do governo através do processo ordinário de discussão; a compreensão das instituições majoritárias como ineficazes; o descrédito das instituições responsáveis pela formulação das políticas públicas, sobretudo vistas como setores corruptos, imobilizados, ou movidos por interesses egoístas; e, a delegação do poder de decisão política ao judiciário, por parte das próprias instituições majoritárias quando estão diante de questões que envolvem alto custo político.

Apesar da relevância de todas essas condições, que foram observadas pelo pesquisador como características comuns dos países em que houve uma expansão do poder judicial, merece destaque o fato da presença de um governo democrático, uma vez que ele se ajusta aos indicativos dos dois marcos teóricos dessa pesquisa. Registre-se, ainda, que essa condição não é tão óbvia quanto parece. Inclusive, representa uma das questões-problema enfrentadas no presente trabalho. Uma das críticas recorrentes sobre a ascensão do Poder Judiciário nas questões políticas do Estado, intuitivamente, recaem sobre o aspecto antidemocrático de uma decisão tomada por funcionários públicos não

[51] Chester Neal Tate observa essa condição mesmo em países como Israel, que não possuem uma Constituição escrita.

eleitos, cuja investidura e permanência no cargo não se submetem ao processo de *accontability* perante o cidadão, por meio do voto. Porém, e esse argumento é utilizado por TATE (1995, p. 28), seria impensável a intervenção do Poder Judiciário em decisões políticas na vigência de um regime autoritário. Essa circunstância, aliás, foi observada no tópico 3.3, durante a análise do caso chileno; ocasião em que se concluiu não ser possível a tomada de qualquer decisão a partir da razão pública em situações de índole pouco democráticas[52]. Porém esse não é o principal argumento a justificar a democracia como condição facilitadora da judicialização. Com efeito, o que se deve levar em consideração é o fato de que, quanto maior for a fragmentação do poder e a probabilidade de alternância entre os grupos políticos, maior é o interesse do governo de ocasião no entrincheiramento de direitos no catálogo constitucional, para garantir a manutenção de determinados privilégios e do *status quo*, impedindo que eventual maioria de oposição possa fatalmente lhe gerar algum prejuízo. Mais uma vez, o estudo de caso apresentado no capítulo 3 serve como exemplo para essa afirmação. Essa circunstância leva a uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário, com base na reserva constitucional de direitos, induzindo a mobilização da jurisdição pelos grupos de interesses e minorias, conforme apontado acima.

Seguindo a metodologia proposta, quanto aos autores nacionais, BRANDÃO (2018, p. 148) destaca a Constituição de 1988 como marco jurídico da redemocratização do país, com significativos avanços quanto à relação de independência entre os poderes e a garantia dos direitos fundamentais. Especificamente no que toca os desenhos institucionais e o sistema político, cita como fatores importantes o presidencialismo, com a eleição majoritária para o Poder Executivo em todas as esferas federais e o critério proporcional com lista aberta para os poderes legislativos da União, dos Estados e dos Municípios, com exceção ao Senado Federal. Destaca, também, que o modelo federal dotou os entes de amplas capacidades administrativas e fiscais, promovendo uma maior difusão partidária em razão da pulverização do poder com a generosa departamentalização do Estado. Quanto a isso, o autor afirma que tais mecanismo são fatores que tendem a uma profunda fragmentação do poder político, proporcionando conflitos institucionais que desaguam no Poder Judiciário (2018, p. 149). Afirma, também, que o sistema eleitoral gera a redução da disciplina e densidade ideológica dos partidos, uma vez que no sistema de lista aberta os candidatos disputam com os seus

[52] Lembrando, também, que a democracia é um pressuposto da teoria de Rawls.

correligionários e, portanto, acabam por adotar uma postura individualista. Essa postura, por sua vez, cria um cenário propício à multiplicação de partidos e à instabilidade na manutenção das coalisões governamentais, favorecendo uma maior competitividade do sistema partidário (2018, p. 150).

Nesse ponto convém observar que, de acordo com TATE (1995, p. 30), a utilização dos tribunais pelos partidos de oposição corresponde a uma das condições domésticas para a expansão do poder judicial. Assim, a maior fragmentação política e a difusão partidária representam, de fato, um cenário conveniente à ampliação da judicialização da política, especialmente se se considerar a existência de partidos com pouca representação, incapazes de alcançar seus objetivos pela via majoritária. Além disso, a existência de vários grupos que enxergam no Poder Judiciário um caminho estratégico para alcançar suas pretensões políticas tem o potencial de ampliar o apoio necessário a essa instância, de modo que suas decisões sempre encontram algum apoio político (LEITE, 2017, p. 135), evitando a reação dos grupos prejudicados por sua atuação, com tentativas de "empacotamento"[53] do judiciário, igual a pretendida pelo presidente Roosevelt na era Lochner.

Seguindo os apontamentos de BRANDÃO, destaca-se que a Constituição de 1988 apresenta a maior relação de direitos fundamentas da história constitucional brasileira, reforçados pela atribuição de eficácia imediata e status de cláusulas pétreas; além de conferir hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos (2017, p. 153). Soma-se a isso o profuso modelo de controle de constitucionalidade, que potencializa as condições de fiscalização das leis e atos administrativos, cuja validade depende do respeito a esses direitos.

Quanto a esse último ponto, o autor destaca o fato de ter sido implementado um sistema misto que combina os modelos austríaco, de controle concentrado e abstrato, e americano de natureza incidental e difusa, promovendo, em outro esteio, a ampliação dos legitimados para a propositura das ações objetivas de controle abstrato e concentrado, incluindo o acesso a grupos de interesses e partidos de oposição. Essa circunstância somada à fragmentação do sistema partidário aumenta a possibilidade de judicialização. Há que se considerar, ainda, a possibilidade das autoridades dos Poderes Legislativo e Executivo da União e dos Estados, bem como das entidades de classe, poderem propor as

[53] Com relação a isso ver a nota de rodapé na página 40 sobre o *court-packing plan*.

ações de controle de constitucionalidade[54], tanto para questionarem questões que envolvem crises de coordenação entre os departamentos do Estado quanto para assegurar o conteúdo da Constituição de uma forma mais ampla, incluindo a defesa de direitos. Nesse cenário, qualquer lei ou ato administrativo capaz de afetar os interesses de grupos razoavelmente organizados podem ser submetidas à revisão judicial (p. 153-155).

Sem dúvida que, uma Constituição analítica e dirigente, dotada de um vasto conteúdo principiológico de textura aberta, com a disponibilização de uma rede abrangente de acessos ao judiciário, incluindo a previsão de ações de controle concentrado e abstrato conferidas a diversas autoridades e entidades representativas, além da possibilidade de uso da via difusa por qualquer cidadão, conduzem a um estado de paroxismo da jurisdição constitucional.

Some-se a isso a abertura no campo doutrinário ao neoconstitucionalismo, que rompe com ideia de um Poder Judiciário exegeta, deferente às escolhas majoritárias, e o impulsionam para uma participação mais efetiva no panorama político e na construção das políticas públicas. A esse respeito:

> o reconhecimento de que os princípios constitucionais abertos podem ser diretamente aplicados pelos juízes lhes confere notáveis poderes. Vale destacar que o juízo de proporcionalidade – tido como inerente à aplicação dos princípios – envolve típico exemplo de juízo fático e fluido que Kelsen afastava do controle de constitucionalidade, por considerar que se cuidava de aferição política que, caso fosse exercida pelo Judiciário implicaria "grave transferência de poder" (BRANDÃO, 2017, p. 173).

VERBICARO (2008, p. 393-403) apresenta, em outra vertente, como causas facilitadoras da judicialização da política, a possibilidade por parte do Poder Executivo editar medidas provisórias, destacando que essa abertura à produção legislativa oportuniza "amplas possibilidades para o descumprimento de preceitos constitucionais". A par disso, destaca questões conjunturais, como: a modificação da base econômica num processo acelerado de modernização e desenvolvimento industrial tardio, que transformou uma sociedade agrária em centros urbanos complexos, marcados pelas profundas desigualdades sociais e instabilidade institucional; o agravamento da crise econômica no final do século XX; o surgimento de novas forças sociais; a hipertrofia

[54] Quanto a isso VIANNA (2014, p. 53) afirma que "Segundo o desenho constitucional, a comunidade dos intérpretes é heterogênea, comportando desde o mundo do interesse e da opinião até os governadores e procuradores da República. Dessa natureza diversa dos atores, resulta uma motivação bastante variada para a proposição das Adins, cujo caráter cobre desde a defesa do mais restrito e particular interesse às ações de vocação universalista.".

legislativa decorrente da incapacidade das leis vigentes de oferecerem uma resposta satisfatória à crise social; e, por fim a desproporcionalidade quanto à representação política.

Com relação à primeira condição apontada pela autora, destaca-se que o processo de modernização e desenvolvimento econômico tardios, originário de uma política de governo – que incluiu estímulos fiscais, reformas na legislação e garantias de captação de recursos externos –, levou a desestruturação do Estado em virtude de uma profunda mudança demográfica, com a ocupação urbana desorganizada, que culminou em choques culturais, conflitos e desigualdade social, além da crise econômico-fiscal que refletiram no aumento da demanda por justiça e da litigiosidade, refletindo na maior percepção da importância do Poder Judiciário na dimensão política. Além disso, o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX aprofundou ainda mais essas diferenças e intensificou a busca por direitos fundamentais não realizados (VERBICARO, 2008, p. 399).

Na *Construção social da subcidadania*, Jessé de Souza revela um quadro da sociedade que é pertinente a esse diagnóstico, pintando o cidadão pleno como sendo apenas aquele que se identifica com uma "concepção de ser humano que foi contingente e culturalmente determinada" (2018, p. 224) pelas instituições do mercado e do Estado. Aqui, o autor se refere ao que denomina "europeização", onde são importados de forma acrítica padrões centralizados na Europa como modelos para a reconfiguração da nova sociedade industrial que surge a partir da década de 40. Destaca que todos os grupos sociais "que não foram abrangidos pelo impacto modernizador da chegada da 'Europa'" se tornam "a versão moderna da ralé" (2018, p. 226), deixando a opressão decorrente da relação pessoal dos tempos dos escravos para um processo desumanizador impessoal moderno ancorado institucionalmente.

Com efeito, essas condições que resultaram na marginalização estrutural de parcela significativa da sociedade, com a privação de direitos sociais básicos e a prestação de serviços públicos essenciais de maneira precária – *v.g.* o ensino fundamental e a saúde –, têm levado o Poder Judiciário a decidir cada vez mais sobre políticas públicas, quer seja em decorrência de uma conflituosidade gerada pelo entrechoque de políticas afirmativas com o *status quo*, quer seja na imposição de prestações estatais ao Poder Executivo[55]. Essa condição dá azo ao surgimento de novas forças sociais mobilizadas,

[55] MAURÍCIO JR. (2009, p. 56-57) aborda a questão do atendimento ao mínimo social e apresenta o seguinte mapeamento efetuado pela doutrina brasileira a respeito das áreas sensíveis que devem ser objeto

organizadas e dotadas de legitimidade para a busca do reconhecimento e da concretização dos direitos previstos constitucionalmente, o que aliás é apresentado pela autora VERBICARO como um dos fatores que corroboram a judicialização (2008, p. 399) cuja constatação parece ser auto evidente, uma vez que a utilização dos tribunais por grupos de interesses é uma estratégia já diagnosticada e a profusão de instrumentos para a provocação do Poder Judiciário proporciona de maneira eficaz esse uso.

Quanto à hipertrofia legislativa decorrente da ineficácia do sistema legal em face da crise econômica e social, VERBICARO (2008, p. 400) alega que a tentativa do Estado de tentar restabelecer um ajuste no sistema jurídico, capaz de superar a conflituosidade que se instaurara, acabou por resultar numa excessiva coleção de normas que prejudicavam a coerência interna do ordenamento jurídico, sem lograr conferir integridade e coesão ao conjunto normativo. Dessa forma, ironicamente, a tentativa de superar a conflituosidade social levou à judicialização, enredada nas disputas pelo sentido normativo das leis.

> A intensa produção de leis (hipertrofia legislativa), ao tentar atender aos mais contingentes, antagônicos e nunca conciliáveis conflitos e aspectos da vida em sociedade, em vez de cumprir sua função de aumento da certeza e segurança jurídicas, resolve-se em um esvaziamento da eficácia da própria lei. O problema resultante dessa excessiva edição de normas é o da coerência interna do ordenamento jurídico, que não consegue manter um padrão de logicidade, integração e coesão. (VERBICARO, 2008, p. 400)

Por fim, em relação à estrutura geral do Estado e aos direitos políticos de igualdade democrática, VERBICARO (2008, p. 401-402) aponta a desproporcionalidade do instituto da representação e a crise de legitimidade das instituições políticas como fatores que incrementam a judicialização. Essa desproporcionalidade representativa corresponde ao maior número de assentos conferidos para as Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, em descompasso com o menor eleitorado dessas mesmas regiões, engendrado como uma forma de compensação pelo atraso econômico, em que se busca evitar a superposição dos poderes políticos e econômicos como estratégia para promover um reequilíbrio federativo. Assim, enquanto a ocupação do cargo de Chefia do Poder Executivo exige o apoio, principalmente, das Regiões Sul e Sudeste, o Poder Legislativo é preenchido, majoritariamente, por

---

de uma prestação estatal: a) educação fundamental; b) saúde básica incluindo a prestação dos serviços de saneamento, o atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e de prevenção epidemiológica; c) assistência aos desamparados; d) acesso à justiça; e) moradia para indigentes e pessoas-sem teto.

representantes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Esse estado de coisas gera profunda insatisfação nos diversos grupos de interesse, em razão de a síntese dos acordos político-institucionais necessários à governabilidade levar muitas vezes à frustração das expectativas legítimas do eleitorado em geral e à sensação de ineficácia das instituições majoritárias. Nas palavras da autora:

> Tal modelo político burla, essencialmente, a ideia de representação proporcional (um indivíduo, um voto). Segundo seus críticos (LIMA JÚNIOR, 1997, p. 110-128), o caráter proporcional da representatividade seria a tradução mais precisa do princípio igualitário da democracia. A desproporcionalidade dos Estados, ao contrário, a contemplação da desigualdade e restrição ao poder da *demos*, ao estabelecer que os votos de alguns cidadãos tenham maior valor do que os de outros (constrangimento à democracia e afastamento de decisões mais compatíveis com os interesses da maioria).
> À luz dessa linha argumentativa, visualiza-se uma distorção da democracia representativa, o que conduz, invariavelmente, a uma amoralidade no sistema político-partidário, uma vez que o chefe do Executivo Federal, para se eleger, precisa do apoio do eleitorado do Sul e Sudeste, mas, para buscar as bases de sustentação da sua governabilidade, tem que fazer acordos e concessões com os parlamentares do Norte e Nordeste.
> A necessidade de tais acordos, alianças e concessões nem sempre possibilita a realização dos interesses do (povo) eleitorado que elegeu seus representantes a fim de tutelar e reivindicar pelas suas necessidades, direitos e anseios – ausência de uma relação de identidade entre representantes e representados. Tal sistema representativo, com elevado potencial de ingovernabilidade, gera reflexos no empobrecimento das vias de representatividade popular e no crescente *déficit* de cidadania e inclusão social, o que desloca, ao Poder Judiciário, atribuições e responsabilidades próprias da arena política, a fim de propiciar uma via a mais de acesso às instâncias de poder, à cidadania, à inclusão e à igualdade. (VERBICARO, 2008, p. 402)

LEITE (2017), por sua vez, apresenta um argumento complementar a essa última percepção.

> no caso brasileiro, formou-se um quadro de presidencialismo de coalização associado a um pluralismo partidário. Isso significa que o Presidente da República, buscando garantir as condições de governabilidade, precisa realizar parcerias com as várias forças partidárias, inclusive representativas de interesses regionais, estabelecendo uma troca de apoio político. Assim, aumenta-se a necessidade de barganhas com tais partidos para que o Presidente da República consiga implantar sua agenda, de modo que até a própria composição do Poder Executivo reflete tais coalizões, ao serem destinados ministérios para os partidários dos grupos que formam a coalisão.
> Todavia, uma especificidade brasileira consiste no elevado número de partidos. Isso faz com que a estabilidade governamental passe pela negociação com partidos pequenos, mas que podem, sob certas circunstâncias, formar uma oposição que bloqueia a aprovação de certos projetos do Poder Executivo, especialmente quando, para tanto, exige-se uma maioria qualificada no Parlamento. (LEITE, 2017, p. 133-134).

Essa peculiaridade da fragmentação do sistema político resulta, de um lado, no aumento da conflituosidade entre grupos de interesses divergentes, favorecendo a judicialização da política; e, de outro, proporciona um ambiente favorável ao Poder Judiciário para decidir, tornando mais difícil uma reação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Em síntese, as razões para a judicialização decorrem de uma profunda diferença social e da abertura, por meio dos arranjos institucionais, para um pluralismo amplo, com a difusão do poder do Estado em subunidades políticas e a liberdade partidária, além do estabelecimento de um generoso rol de direitos e de acesso à jurisdição constitucional, com a proposta de um equilíbrio federativo fundada em condições estruturais especificamente desenhadas para uma compensação baseada na representatividade nas instâncias de poder. Apresentadas todas essas condições estruturais, políticas e conjunturais, é preciso empreender, ainda, para uma conclusão adequada sobre a judicialização da política, a análise das pretensões daqueles que de alguma forma influenciaram na tomada de decisão no processo Constituinte de 1987-1988. Especialmente se se considerar a mobilização social e a efetiva participação popular que resultou na fundação da Constituição de 1988. Essa abordagem permitirá observar as tensões envolvendo os interesses de grupos e os valores que se pretendia amparar naquela ocasião. Além disso, conforme explicitado no capítulo anterior, para NINO, o Direito tem sua fundamentação em valores morais autônomos e o texto legal para ser transformado em normas precisa partir das proposições extraídas da prática justificatória. O valor epistêmico da democracia repousa na justificação racional de cada decisão. Nestes termos, cada dispositivo legal ou constitucional traz consigo uma pretensa correção moral, revelando de forma sistemática os valores que integram a cultura política da sociedade e que informam o conteúdo da razão pública. Vale lembrar que, se a necessidade de se garantir as condições para o valor epistêmico do processo democrático justifica a intervenção do Poder Judiciário nas discussões políticas, o mesmo se pode dizer sobre a razão pública que a um só tempo justifica e delimita o espaço jurisdicional.

Assim, o próximo tópico será dedicado ao contexto sócio-político que engendrou a Constituição de 1988.

4.2 A Participação popular na constituinte de 1987-1988

Antes de abordar os fatos diretamente relacionados com a Constituinte, é preciso contextualizar as condições políticas e sociais preexistentes. Até a promulgação da Constituição de 1988 a história do Brasil fora construída em sua maior parte sob a perspectiva de governos autoritários. A própria industrialização do país não decorreu de uma elite econômica mobilizada e capaz de empreender profundas transformações, mas ao contrário, foi induzida pelo Poder Público a partir de uma política de governo (VERBICARO, 2008, 399). O Estado autoritário, na década de 1940, conduziu um processo de industrialização com efeitos demográficos drásticos, que veio a hegemonizar os centros urbanos em contraste com a sociedade até então agrária, e inaugurou um novo patamar de crises. A indústria passa a ser o principal motor de desenvolvimento econômico, promovendo, porém, uma ocupação desordenada do espaço urbano, bem como a desestruturação social e do próprio setor público em decorrência da falta de políticas capazes de dar respostas aos problemas que surgiram desse processo, marcado por choques culturais e por profundas desigualdades sociais, que afetaram especialmente os negros libertos no final do século XIX. Além da falta de condições materiais, estes se viam impossibilitados, por critérios moralmente arbitrários, de ingressar no novo modelo econômico, constituindo uma comunidade marginal invisível aos olhos do Estado, sem qualquer acesso a direitos básicos.

O negro "não apresentava os pressupostos sociais e psicossociais que são os motivos últimos do sucesso no meio ambiente concorrencial (...) Faltava-lhe vontade de se ocupar com as funções consideradas degradantes (que lhe lembravam o passado)" (SOUZA, 2018, 192). Essa condição o colocava em desvantagem com relação aos demais em razão das exigências específicas do modelo produtivo baseado no mercado, que trazia critérios de competitividade fundados em um ideal de mérito e de desempenho. A pirâmide competitiva da nova sociedade que se constituía tinha no vértice os proprietários e as famílias com capital financeiro e cultural mais ajustados a essas exigências, em seguida vinham os imigrantes europeus que assumiram a posição do proletariado médio, restando para o negro "o mergulho na escória proletária, no ócio dissimulado, ou ainda na vagabundagem sistemática e na criminalidade fortuita ou permanente.". (SOUZA, 2003, p. 193).

É oportuno destacar que, desde o fim da velha república até meados dos anos 80 – quando há um arrefecimento do autoritarismo militar e se começa a instaurar um

ambiente político favorável à constituinte, que resultou na Constituição de 1988 –, o Brasil experimentou apenas vinte anos de regime democrático, compreendido no período de 1945 a 1964, seguido de mais duas décadas de um novo autoritarismo. É impensável, em um regime de exceção, uma emancipação pela política. O autoritarismo não dá espaço à participação nas discussões públicas para dispor sobre arranjos institucionais apropriados para a superação das desigualdades. Os regimes autoritários sempre assumiram uma postura política alinhada à direita, mais preocupada com o desenvolvimento da indústria do que com os problemas sociais.

Assim, a síntese histórica da conformação da sociedade brasileira passou longe de uma tradição democrática, tendo sido marcada por políticas de governo desastrosas que produziram diferenças marcantes no tecido social, conduzindo a uma situação de marginalização enraizada na própria estrutura do Estado.

Essas circunstâncias dão o caldo para o processo de redemocratização que viria a ser inaugurada com a Constituição de 1988. De fato, esse processo decorreu de uma enorme pressão popular, que tem como marco o apoio à proposta de Emenda à Constituição de 1967 apresentada pelo Deputado Federal Dante de Oliveira. Esse movimento ficou conhecido como "diretas já". "A campanha pelas diretas já consegue grande adesão popular, sendo registrados comícios com até um milhão de pessoas. Em 1984, a emenda Dante de Oliveira – que restabelece a eleição direta para presidente – é proposta ao Congresso." (DEL PRIORE, 2010, p. 288). Muito embora não tenha sido aprovada, a mobilização em torno da proposta resultou na eleição – ainda que indireta – de um presidente civil, que abriu margem para a convocação de uma Constituinte (DEL PRIORE, 2010, 289).

Essa mobilização continuou fomentando uma ampla discussão democrática durante todo o processo que se seguiu nos anos de 1987 e 1988. Apesar de contrariar apelos por uma Constituinte Exclusiva[56], e de contar com uma maioria congressual conservadora, as discussões do texto constitucional não foram imunes à intervenção efetiva da sociedade que logrou aprovar uma constituição progressista, mais alinhada com os interesses dos grupos da esquerda, instituindo instrumentos de participação popular que rompiam com um modelo meramente representativo, conferindo maior valor à democracia.

[56] A Constituinte Exclusiva corresponderia à eleição de membros dedicados à formulação da Constituição. Diferentemente, a Constituinte coincidiu com o mandato congressual. A opção por esse último modelo se deveu a uma estratégia para a manutenção de uma maioria conservadora.

> Toda a discussão acerca da nova Constituição se configurou na tensão então existente entre o bloco conservador e o progressista, aguçada pela intervenção de inúmeros atores e influências endógenas e exógenas nesses foros decisórios. A sociedade civil acompanhou toda a dinâmica decisória da ANC[57], exercendo sobre esta profunda ingerência, especialmente quanto às possibilidades de participação popular no processo de elaboração da Constituição. Embalados nesse fenômeno, e após um longo e polêmico debate sobre a revisão do modelo tradicional de democracia representativa, os constituintes de 1987-1988 optaram por revitalizá-lo. Com efeito, a participação popular enquanto princípio fundamental de legitimação política foi consagrada na Constituição da República de 1988, que prevê no parágrafo único do artigo 1º, que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." Para instrumentalizar esse referencial democrático muitos mecanismos e formas de participação popular direta também foram contemplados, visando romper definitivamente com o monopólio dos representantes eleitos no que diz respeito à atividade legislativa e às decisões políticas, impondo e prestigiando o exercício da soberania popular. Dentre esses mecanismos, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa foram os que ganharam maior notoriedade no processo constituinte. (CARDOSO, 2017, 2)

Ao longo de seu livro, dividido em tópicos correspondentes às diversas comissões instituídas para a elaboração do texto do anteprojeto, focado nas discussões em torno dos instrumentos de participação e soberania popular, CARDOSO (2017) demonstra como o clamor da sociedade por maior presença nas decisões políticas influenciou decisivamente no conteúdo final da Constituição de 1988. De fato, em todas as comissões em que o tema foi abordado, houve destaque para o comparecimento marcante dos movimentos da sociedade civil, que contribuiu de forma decisiva para o resultado. Antecipando-se ao que seria exposto em todo o desenvolvimento da pesquisa, já na introdução, o autor destaca:

> Nesse contexto, os assuntos que tinham como pano de fundo a soberania popular engrossaram o debate entre progressistas e conservadores, em meio a um intenso acompanhamento e pressão de atores políticos e outras influências endógenas e exógenas. Com efeito, a Constituição da República de 1988, fruto de inúmeros conflitos de interesse, parece ter desejado fazer "um ajuste de contas com as origens oligárquicas e autoritárias do modelo republicano que estabeleceu no país" ao consagrar, definitivamente, a participação popular enquanto princípio fundamental de legitimação política.
>
> Em meio a muitas resistências, em especial pela maioria conservadora da ANC, o texto final da Constituição da República de 1988 acabou contemplando vários instrumentos de democracia participativa. Com efeito, a democracia participativa institucionalizada, como forma de exercício do poder político, foi assegurada de modo a romper com o monopólio dos representantes eleitos no que diz respeito à atividade legislativa e às decisões políticas, impondo e prestigiando o exercício da soberania popular. (CARDOSO, 2017, p. 6)

[57] Assembleia Nacional Constituinte

Uma outra característica que merece destaque, para os fins deste trabalho, é que, apesar de ter sido apresentado um grande volume de estudos e anteprojetos elaborados por juristas reconhecidos[58], além de instituições democráticas, como a Ordem dos Advogados do Brasil e alguns partidos políticos, a Assembleia Nacional Constituinte optou por não partir de um anteprojeto pronto, mas sim, de construir o seu texto a partir de comissões temáticas (CARDOSO, 2017, p. 37). Essa escolha culminou na possibilidade de uma Constituição analítica e acabou por favorecer significativamente as pretensões dos progressistas.

> Mesmo minoritária no processo constituinte, a ala progressista estava, pelo menos inicialmente, mais coesa e articulada que a conservadora, pois conseguira aprovar um regimento interno que, em grande medida, favorecia a incorporação de suas propostas. No caso, a adoção de instrumentos democráticos participativos e a previsão de oito comissões e vinte e quatro subcomissões temáticas indicavam a possibilidade de construção de uma "Constituição analítica", preferida por constituintes da ala progressista, ao lugar de uma "Constituição sintética", tão almejada por constituintes do bloco conservador. Ademais, conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, a intensa utilização daqueles instrumentos[59] e a composição das comissões e subcomissões contribuíram para a aprovação de mecanismos democráticos participativos alinhados com a bancada progressista da ANC, uma vez que a maioria desses foros decisórios foi relatada por constituintes daquele bloco. (CARDOSO, 2017, p. 65-66).

Para que se possa ter uma ideia sobre a proporção do que foi a participação popular no processo constituinte, o autor revela que no período compreendido entre março e agosto de 1987, foram mobilizadas em todo o país um total de 12 milhões de subscrições, reunidas em 122 emendas populares apresentadas junto à Comissão de Sistematização (CARDOSO, 2017, p. 150). Além disso, é possível observar ao longo do texto outros números expressivos que denotam uma grande mobilização popular, como a realização de 200 audiências públicas que contaram com aproximadamente 900 representantes de diversos setores da sociedade (CARDOSO, 2017, p. 68).

---

[58] Destacam-se Luiz Pinto Ferreira, José Afonso da Silva, e Fábio Konder Comparato. (CARDOSO, 2017, p. 33)

[59] Os instrumentos democráticos participativos a que o autor se refere são regras no Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte que asseguravam a participação popular no processo de elaboração da constituição. Ficou assegurada a possibilidade de apresentação de emendas populares ao anteprojeto, desde que subscritas por um número maior ou igual a trinta mil eleitores, em listas organizadas por no mínimo três entidades associativas. Registre-se que apesar de uma aparente rigidez para a apresentação das propostas a Presidência da Assembleia Nacional Constituinte não foi rigorosa com essa regra procedimental e acabou aceitando sugestões elaboradas por qualquer cidadão. Além disso, determinou-se que a realização de uma programação de rádio e televisão com boletins diários durante toda a elaboração constitucional. (CARDOSO, 2017, p. 60-61)

O conteúdo das propostas, envolvendo a participação ativa da sociedade e a soberania popular, em geral, incluíam alguma fórmula para o referendo popular, o plebiscito, o voto destituinte, a iniciativa popular de leis e de emendas à Constituição, e a possibilidade de cidadãos proporem Ação Direta de Inconstitucionalidade (CARDOSO, 2017)[60]. Merece destaque a fala de um dos expositores[61] durante os trabalhos da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais – Subcomissão I-A:

> A soberania é forçosamente una e indivisível e pertence no seu todo ao povo brasileiro, ao povo de qualquer nação - e só ao povo. Todas a demais instituições são caudatárias deste princípio de soberania popular. As instituições governativas - o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, - em qualquer agente ou exercente de autoridade pública se reportam, necessariamente, ao titular da soberania, que é o povo brasileiro. Esta norma serve, ou servirá, a meu juízo, como advertência contra esse tipo de usurpação da soberania nacional, usurpação qualitativa ou quantitativa. (...) O povo brasileiro, no auge da sua sabedoria, de Sua competência política, por que não, da sua intuição, que é insubstituível - a intuição do homem comum, do homem das ruas, do homem que é vítima de qualquer processo de decisão governamental - quando é convocado a decidir sobre temas nacionais relevantes é sempre bem-vindo e sempre subsidia o aperfeiçoamento da decisão a nível do Congresso Nacional. Proponho, também, a iniciativa popular das leis, como faz o Projeto Afonso Arinos e a maioria das Constituições europeias. É natural que se adote este expediente de democracia semidireta em que a sociedade civil, que deve exercer uma grande participação nos assuntos do Estado, possa chamar a atenção dos Congressistas para determinadas questões e submetê-las por via de propostas, que terão curso forçado nas Comissões Parlamentares, a fim de que eventualmente possam transformar-se em normas jurídicas. A questão da participação e do controle popular nos atos do Estado também é mencionada sem prejuízo da sua disciplina nos capítulos específicos da Constituição, como é o caso do direito de representação, da proposição da ação popular, pelas ações coletivas de um modo geral para a proteção dos direitos indisponíveis, dos chamados direitos difusos relativos à ecologia, à questão dos consumidores e assim por diante. Esta Subcomissão, no meu modesto entendimento, deve enunciar estes princípios agregando-os à tese da soberania popular. Por fim, o §2° desse art. 2°estabelece o seguinte - e essa, realmente, é uma norma que gostaria que merecesse a especial atenção de V. Ex.as: "Todos têm direito de garantir o cumprimento da Constituição e de resistir aos atos de violação da ordem constitucional democrática." Em outras palavras é o chamado direito político de resistência ou de desobediência civil. Esse é um tipo de direito que normalmente as Constituições não explicitam, mas que é autorizado pela teoria constitucional democrática. (CARDOSO, 2017, p. 71)

[60] Essas propostas se repetiram em praticamente todas as 24 subcomissões, tendo requisitos e formulações diversas, embora similares, de maneira que a reprodução dos dispositivos e a citação das páginas não auxiliam e não têm tanta relevância para a análise que se pretende fazer, de maneira que a opção foi pela referência mais geral.

[61] Trata-se do Professor Carlos Roberto de Siqueira Campos que palestrou na quinta reunião da referida subcomissão. A ata dessa reunião está disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup66anc27mai1987.pdf#page=19>>. Acessado em 19/12/2019.

Além disso, o anteprojeto da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias – Sucomissão I-B – definiu que o Brasil constituir-se-ia em um Estado democrático em que a vontade popular seria defendida como princípio fundamental, sendo tarefa do Estado garantir a democracia, "a participação organizada do povo nas decisões políticas (...). A soberania popular pertenceria ao povo e, somente pelas 'formas de manifestação de sua vontade', previstas na Constituição, seria lícito 'assumir, organizar e exercer o poder'." (CARDOSO, 2017, 84). O anteprojeto continha uma relação de dispositivos de participação popular que incluía: a eleição; a iniciativa popular de leis e de emendas à Constituição; o voto destituinte ou revocatório; a ação popular; a Defensoria do Povo; a consulta popular; o referendo; e o Tribunal de Garantias Constitucionais da soberania do povo e dos direitos constitucionalizados. Este tribunal seria composto de nove juízes entre representantes da classe trabalhadora, magistrados, professores universitários além de indicados pela sociedade civil, todos escolhidos pelo Congresso Nacional (CARDOSO, 2017, 84-85).

Convém ainda destacar que a Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas – Subcomissão IV-C – realizou sete audiências públicas com expositores de diversos segmentos da sociedade, incluindo a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, e a Ordem dos Advogados do Brasil, contando, ainda, com sugestões de cidadãos e de outras entidades representativas da sociedade civil. A versão final de seu anteprojeto previu, *v. g.*, que "todas as decisões em matérias especialmente relevantes fossem submetidas a algum tipo de consulta popular" (CARDOSO, 2017, p. 117); além disso previa a possibilidade de ajuizamento de ação direita de inconstitucionalidade subscrita por 10.000 cidadãos; a possibilidade de reforma da Constituição por 0,5% dos eleitores de cada uma, de pelo menos, mais da metade das unidades da federação; e incluía o referendo popular para deliberar sobre emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional (CARDOSO, 2017, p. 117).

Pode-se observar, a partir do conteúdo dos anteprojetos das subcomissões, a preocupação com o cumprimento das regras constitucionais. Tal inquietação realçava a necessidade de se estabelecer um "Guardião" constitucional. Isso é confirmado pela proposta de um Tribunal de Garantias Constitucionais da soberania do povo, cuja composição demonstra os anseios por uma Corte Constitucional que pudesse ser representativo da sociedade. Outra evidência é a previsão da possibilidade de as Ações Diretas de Inconstitucionalidade serem subscritas diretamente por cidadãos. Essa vontade e o espírito que se ambientara nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte podem

ser encarnados no seguinte trecho da fala de um dos expositores, transcritas linhas acima: "Todos têm direito de garantir o cumprimento da Constituição e de resistir aos atos de violação da ordem constitucional democrática".

Em conclusão à sua pesquisa a respeito dos trabalhos e das manifestações ocorridas no período de 1987-1988, CARDOSO (2017) afirma que, por toda a conjuntura política e social da época, incluindo a frustração com a derrota experimentada com a proposta Dante de Oliveira, a morte do presidente eleito e uma Constituinte congressual determinada contra os apelos por uma assembleia exclusiva, a sociedade arregimentou-se em busca de romper em definitivo com o ciclo autoritário e garantir uma maior participação social, fazendo gravar no texto uma expressão da soberania popular. Embora o texto promulgado tenha reduzido as expectativas e o alcance dos anteprojetos das subcomissões, esse esforço que levou milhões às portas do Congresso Nacional, possibilitado pela sociedade civil organizada, conseguiu atingir um resultado final mais próximo das pretensões da ala progressista do que dos conservadores (CARDOSO, 2017, p. 215).

Noutro giro, além dessa emancipação por meio da abertura dos canais democráticos, as condições de desigualdade preexistentes exigiam do Constituinte o estabelecimento de princípios para a implementação de políticas públicas inclusivas que permitissem o exercício da autonomia em um sentido mais amplo. A resposta a isso foi a abrangência no texto da Constituição de 1988 do maior rol de direitos fundamentais da história constitucional brasileira, estabelecendo-se um compromisso do Estado com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse sentido, o pronunciamento do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, dá a tônica dos valores que inspiravam o texto constitucional, afirmando que:

> a Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (GUIMARÃES, 1988, p. 1-2)

A observação atenta desse trecho permite reproduzir todas aquelas condições favoráveis à judicialização da política apontadas no tópico anterior. Vê-se claramente que as mudanças objetivaram a estrutura federal, com a divisão do poder central em várias

subunidades dotadas de autonomia política; a relação entre os poderes, com uma maior interferência do Poder Judiciário nas questões do Estado e de direitos; e a relação do Estado com o homem, dispondo de forma positiva sobre as questões básicas de justiça.

Portanto, a leitura que se faz de todo esse processo de discussão que culminou na Constituição de 1988 é de que a sociedade brasileira ansiava por uma redemocratização que garantisse não só a possibilidade de uma participação popular nas discussões públicas, mas também no reconhecimento de que seria necessário prover os meios de inclusão daqueles indivíduos que foram abandonados ao longo da história, no processo de transformação do Brasil agrário sob a batuta do autoritarismo. Dessa forma, incorporou-se um conceito mais amplo de democracia, para além da dimensão procedimental de participação, reconhecendo a necessidade da efetivação de direitos como condição para a cidadania, dotando o Poder Judiciário de meios para a sua realização, tornando-o uma via de acesso para a concretização dos apelos democráticos. Essas expectativas e as razões disputadas durante as discussões do anteprojeto impactaram decisivamente nas escolhas relacionadas com os elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça que vieram ao encontro de um estado de paroxismo judicial, voltado para a realização das promessas inscritas pelos constituintes no texto e subscritas pela sociedade.

Com base nas condições facilitadoras da judicialização da política apontadas pela doutrina e a partir dessa conclusão parcial sobre o processo constituinte é possível examinar a questão sob a perspectiva dos marcos teóricos desenvolvidos nos capítulos anteriores.

4.3 Judicialização da política, Razão Pública e Democracia

Confirmando as conclusões parciais do tópico anterior, VIANNA (2014, p. 38) distingue o caráter democrático da Constituição de 1988 e o seu propósito específico, com arranjos projetados para a realização de direitos. Destaca, especialmente, o fato de que não partiu de um projeto emanado de uma vontade política anterior – *i.e.* não possuía anteprojeto –, mas que ela própria fazia parte da transição do autoritarismo para a democracia.

> Nesse contexto particular, a Carta de 1988 não irá repetir a má fortuna da de 1946, cujas promessas de direitos não encontraram concretização. Sobretudo na questão dos novos procedimentos que a vinculam à comunidade dos

> intérpretes[62], quando a minoria parlamentar e as organizações sindicais os convertem em um cenário complementar às suas lutas. Nesse sentido, a judicialização da política, entre nós, longe de enfraquecer o sistema dos partidos, em especial os da esquerda e da oposição, tende a reforça-lo, na medida em que propicia – é verdade que no campo predominantemente do direito e dos seus procedimentos – uma conexão entre a democracia representativa e a participativa, para o que concorrem as ações públicas, em que a cidadania se encontra legitimada para deflagrar o processo judicial contra as instâncias do poder. Tem-se, assim, uma judicialização da política cuja origem está na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário. (...) De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a "substituição" de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstrução do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.
>
> As "duas" democracias da Constituição – a da representação e a da participação, mesmo que essa última esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente. Fora do campo normativo, no mundo das coisas reais, não há monopólio nem ritual certo para os processos de formação da opinião e de sua conversão em formação da vontade democrática. Se uma "empiria adversa" cria obstáculos para que a maioria real crie o seu próprio direito, importa bastante que os direitos fundamentais estejam positivados e sob a guarda de uma alta corte de justiça, que pode ser povoada pela sociedade a se manifestar. Importa também que a democratização do acesso à justiça possa ser vivida como arena de aquisição de direitos, de credenciamento à cidadania e de animação para uma cultura cívica que dê vida à república. Pois quem é, de fato, mercurial é a política, que se infiltra em toda parte (VIANNA, 2014, p. 43-44).

São claras as referências da judicialização da política como instrumento para o propósito de se construir uma cidadania e uma democracia sãs, com a formação de homens livres e cidadãos ativos, "para uma cultura cívica que dê vida à república" (VIANNA, 2014, p. 44).

No mesmo sentido, STRECK (2016, p. 723) compreende que o direito, com suas definições institucionais, fornece as bases para uma democracia estável, estabelecendo as condições necessárias para o funcionamento do sistema político, e que a sua constitucionalização (especialmente de novos direitos) ocasiona uma atuação mais proeminente do Poder Judiciário. A judicialização da política estaria ligada assim à necessidade de se garantir o funcionamento adequado das instituições conforme as

[62] O conceito consta da nota de rodapé na página 31

definições constitucionais. “Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado” (STRECK, 2016, p. 724). De fato, o autor sustenta que a judicialização da política deve cumprir – embora nem sempre seja assim, como nos casos de ativismo – um papel concretizador da Constituição no reconhecimento de direitos fundamentais e na manutenção das regras democráticas.

Por fim, ainda sobre a Constituição de 1988 e o aspecto democrático da judicialização da política, MAURÍCIO JR (2009, p. 186-187) eleva a democracia à categoria de critério interpretativo, de modo que as normas constitucionais devam recorrer a ela como condição de validade. Logo, a democracia é o valor a ser protegido.

> O princípio democrático, ao colocar o povo como titular do poder do Estado, exige, que o cumprimento das tarefas e o exercício das competências estatais busquem legitimação reconduzindo-se ao próprio povo. O objeto da legitimação democrática se estende a toda e qualquer ação estatal, para toda ação oficial dos órgãos estatais ou de seus titulares que represente uma decisão. (MAURÍCIO JR., 2009, p. 187)

Não há dúvidas, portanto, de que a Constituição de 1988 teve um projeto determinado – ainda que arrefecido pela maioria conservadora da ANC –, voltado a alcançar, sob a forma de um programa diferido no tempo, as condições plenas de uma democracia em que os cidadãos tenham à sua disposição mecanismos para assegurar o mínimo essencial para o exercício de sua autonomia. A Constituição busca, não só assegurar as liberdades fundamentais para a profissão das diversas crenças, como também, por intermédio do direito, oferecer os meios para que cada indivíduo possa assenhorear-se de sua concepção de vida boa, podendo intervir, em igualdade de *status*[63], nas discussões políticas relacionadas com os arranjos institucionais e com o exercício da coerção estatal.

A Constituição é prolífera quanto a enunciação de princípios e regras da ordem democrática, que abraçam desde a pluralidade de ideias e de manifestações, coligadas com a liberdade de expressão e de associação[64]; até os desenhos institucionais do

[63] Prefere-se a expressão igualdade de status, considerada como a possibilidade do exercício da cidadania. A expressão “igualdade de condições” negaria as profundas desigualdades que efetivamente existem, em termos de influência, entre as pessoas de classes sociais distintas.

[64] Como visto, o pluralismo associado a outras características peculiares – como a difusão do poder no tipo de federalismo adotado no Brasil – reflete em um pluralismo partidário que, embora algumas vezes seja danoso à própria identidade e coesão ideológicas, pode ser justificado de maneira racional para a garantia

federalismo e da divisão de funções, que proporcionam uma força contrária à concentração e ao autoritarismo; perpassando, ainda, pelo reconhecimento dos direitos individuais e sociais, com limitações claras ao poder do Estado de intervir em diversos âmbitos do direito público e privado. Aliás a Constituição de 1988 dedica espaço para as restrições tributárias, para o desenho da seguridade social, para a proteção da família, do idoso, do índio em uma evidente reverência às forças populares durante a tramitação do processo Constituinte de 1987-1988.

Aqui é preciso fazer um contraponto, apesar das patologias apontadas a respeito do sistema eleitoral, desde aquelas que resultam no individualismo e na baixa vinculação ideológica dos partidos até a desproporcionalidade do sistema representativo, é necessário compreender que tais condições decorreram de escolhas políticas associadas ao pluralismo político e de ideias, bem como da promoção do reequilíbrio de forças no sistema federativo. Essas escolhas permeiam o ideal democrático perseguido pelo constituinte e são justificáveis racionalmente pelos valores que são capazes de realizar, tais como a garantia da igualdade e das diversas expressões e manifestações da liberdade – liberdade de consciência, de crença, de expressão, de associação, de manifestação religiosa e científica, etc. Contudo, a eventual conflituosidade deve conduzir a novas decisões nas instâncias políticas de discussão, proporcionadas pelos desenhos institucionais do Estado, fundadas em uma interpretação, sempre contingente, do princípio democrático, voltadas à potencialização do valor intrínseco da democracia.

Por todos esses apontamentos, é possível inferir que as questões indicadas como facilitadoras da judicialização da política associam-se aos elementos constitucionais essenciais – envolvendo a estrutura geral do Estado e o reconhecimento de direitos civis e políticos do cidadão –, bem como às questões básicas de justiça, nesse caso, correspondente aos direitos sociais. Além disso, todas elas encontram eco nas mobilizações populares e fazem parte dos valores da cultura política da sociedade. Vale dizer, todas elas estão amparadas por uma racionalidade manifestada pelo cidadão, num processo democrático voltado para a conformação da estrutura básica da sociedade, correspondendo a uma autêntica expressão da razão pública que modela e limita a atuação do Estado na condução da política.

Além disso, o desenho federativo e as normas eleitorais, bem como o rol de direitos fundamentais e a própria judicialização da política – esta última, perseguida e

da diversidade e da inclusão. Embora mereça ser revista, essa característica reforça o apelo democrático da Constituição de 1988.

refletida nos desenhos institucionais da Constituição de 1988 –, buscam proporcionar a amplitude da participação dos afetados pelas decisões políticas no processo conformativo, seja de maneira propositiva, nas instâncias de representação, seja de maneira interventiva, através do Poder Judiciário; em outro espectro, perseguem as condições para uma participação igualitária, exigem uma racionalidade para as decisões, na medida em que devem enfrentar os princípios constitucionais como requisito de validade, evitam minorias congeladas em razão da necessidade de uma coalisão para se atingir a governabilidade, e permitem a reversibilidade das decisões dada a textura aberta e programática dos princípios. Essas características coincidem com aquelas apontadas por NINO (1996), que conferem valor epistêmico à democracia, cuja realização autoriza a intervenção política do Poder Judiciário sob o viés democrático.

Concluindo, é possível afirmar que a judicialização da política está ancorada na estrutura básica da sociedade e se encontra justificada pela razão pública expressada na Constituição de 1988. Além disso, as funções projetadas para o Poder Judiciário ecoam nas hipóteses de um ideal democrático, especialmente, na garantia de um limiar mínimo de direitos necessários para o exercício da cidadania, incluindo o direito de cada um buscar a realização da própria concepção de vida boa, afastando qualquer decisão política que ultrapasse a esfera moral intersubjetiva para impor um determinado padrão perfeccionista ao indivíduo ou à sociedade, em desrespeito a autonomia e a dignidade da pessoa. Além disso, a judicialização da política permite a manutenção da Constituição como prática ou convenção social justificatória, preservando as expectativas daqueles que fazem parte da comunidade de intérpretes.

Essas características do constitucionalismo brasileiro estabelecem os parâmetros de atuação do Poder Judiciário à luz dos ideais de razão pública e da democracia, cuja ultrapassagem caracteriza a prática do ativismo, denunciando uma atitude contrária à racionalidade constitucional e democrática.

4.4 Ativismos

O ativismo foi definido no Capítulo 2 como sendo uma decisão política voltada para finalidades pré-determinadas, para alcançar um resultado específico, capaz de desafiar atos emanados dos órgãos de função executiva ou legislativa constitucionalmente defensáveis e publicamente justificáveis. Para tanto, o magistrado, pode atuar como legislador positivo ou deixar de observar precedentes e cânones metodológicos e

interpretativos presentes na prática justificatória. Ponderou-se, ainda, que as decisões judiciais que se afastam de uma interpretação razoável da Constituição ou que provoquem uma clara mutação em seu sentido normativo, são igualmente ativistas. Isso porque ao agir dessa maneira, o magistrado desafia os demais poderes, que também são intérpretes da constituição, afrontando o próprio poder constituinte originário, alterando sua posição no quadro de funções estatais, além de impedir *a priori* a prática de atos legítimos fundados no sentido original do texto[65].

Por sua vez, a partir do desenvolvimento das ideias centrais dos dois marcos teóricos, compreende-se como limites à judicialização da política a realização do programa democrático, com base no conteúdo constitucional, restrito a: (i) garantir um limiar mínimo relativo à distribuição de direitos *a priori* necessário para conferir ao processo democrático um valor epistêmico satisfatório; (ii) afastar decisões que contrariem certos pressupostos do discurso moral, como aquelas que ultrapassam a esfera moral intersubjetiva e afetam o princípio da autonomia pessoal e da dignidade da pessoa, estabelecendo um padrão perfeccionista; (iii) manter a Constituição Histórica enquanto convenção ou prática justificatória em que se pode operar a democracia; devendo, ainda, (iv) respeitar as prerrogativas dos órgãos legislativo e executivo, abstendo-se de atuar em questões políticas que não dizem respeito aos elementos constitucionais essenciais ou questões básicas de justiça; e (v) justificar publicamente suas decisões de acordo com a concepção política subscrita pela sociedade, não podendo se valer das razões de determinada doutrina abrangente ou ligadas a concepções exclusivas de bem.

De fato, as decisões políticas emanadas do Poder Judiciário, de um modo geral, devem obedecer a um critério de racionalidade, especialmente aquelas que invalidem ou alterem um sentido normativo decorrente de uma escolha dos órgãos de representação majoritária. Apenas nas hipóteses de contrariedade ao valor democrático é que as decisões políticas desses órgãos representativos podem ser enfrentadas por uma instância de poder contramajoritária. Dessa forma, as leis ou atos administrativos que violem direitos considerados *a priori* ou que imponham um padrão perfeccionista, resultando num atentado à própria democracia em seu aspecto substantivo, podem ser invalidados ou reinterpretados conforme a Constituição. Do mesmo modo, uma omissão significativa

[65] Não se ignora a distinção entre texto e norma, porém, nessa frase essa distinção é irrelevante, de modo que a abordagem dessa questão, com diferenciação entre um e outro não produziria nenhuma utilidade prática.

que negue o mínimo essencial[66] pode ser reparada pela jurisdição, impondo-se ao Estado uma prestação determinada, com fundamento nos direitos constitucionalmente assegurados. A missão do Poder Judiciário é garantir, sobretudo, a preservação da Constituição Histórica enquanto necessária para operação da democracia. Em sentido oposto, uma decisão que invalide uma escolha democraticamente válida viola o pressuposto mais fundamental da democracia que é o autogoverno, expressão da autonomia política do cidadão.

STRECK (2016, p. 724), ao diferenciar a judicialização do ativismo delineia a questão da seguinte forma:

> É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso "avanço", seja para manter o *status quo*). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial.
> Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Afinal, como diz Oliveira (2015), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.

A partir desses pressupostos conceituais, serão apresentados a seguir exemplos de decisões ativistas, que servirão como modelos para um raciocínio dedutivo por meio do qual se procederá a verificação da hipótese dessa pesquisa, *i.e.*, se os desenhos institucionais permitem a contenção do Poder Judiciário dentro dos limites próprios da razão pública e da democracia. No próximo capítulo essa questão será retomada sob a perspectiva da teoria dialógica.

4.4.1. Um exemplo de ativismo legislativo

No segundo capítulo foi feito uma breve análise a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução da pena a partir de uma

[66] MAURICIO JR. (2009, p. 77) aborda essa questão do mínimo essencial e o dever de prestação do Estado, dispondo sobre as condições que tornam exigíveis as obrigações decorrentes dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

condenação em segunda instância, pendente de análise de recursos, diante da garantia constitucional prevista no artigo 5º da Constituição de 1988. Na ocasião concluiu-se que a decisão era uma hipótese de ativismo.

Nessa situação, a Corte Constitucional agiu como legislado positivo, alterando o sentido do disposto no art. 283[67] do Código de Processo Penal, baseada em uma leitura contrária a qualquer juízo racional e razoável da Constituição. O referido artigo prescreve que ninguém poderá ser preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado[68]. Portanto, a determinação da execução da pena de prisão a partir de uma decisão tomada em segunda instância corresponde à substituição pelo tribunal de uma escolha constitucionalmente válida emanada do Poder Legislativo. LEITE (2017, 174), comentando sobre a prisão em segunda instância destaca o fato de que 25% dos recursos em matéria penal que chegam ao Supremo Tribunal Federal são acolhidos, de modo que ignorar a determinação do trânsito em julgado representa a prisão de um número significativo de inocentes. Essa interpretação, longe de promover a democracia, atinge o cidadão em sua liberdade mais básica.

> Sob outro viés, o Min. Teori Zavaski argumentou a necessidade de equilibrar a garantia da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional em matéria penal, em ordem a resguardar "valores caros" à sociedade. Embora isso não tenha sido referido em seu voto, a referência à ideia de equilíbrio sugere tratar a presunção de inocência como princípio jurídico a ser ponderado com outros interesses, o que, ao menos em tese, justificaria flexibilizações mediante sopesamentos. Ocorre que, se esta fosse a linha argumentativa pensada pelo magistrado, a presunção de inocência, tal como prevista na CF, não é princípio, e sim regra. E, como tal, deve ser aplicada em toda sua inteireza. Não estaria sujeita a ponderações ou sopesamentos, portanto. Então, deveria ter sido seguida a lógica do *tudo ou nada*. (LEITE, 2017, p. 175)

Assim, após percorrer os marcos teóricos para definir os lindes de atuação do Poder Judiciário, confirma-se a análise realizada no início da pesquisa. A decisão que antecipa a execução da pena antes do trânsito em julgado não pode ser racionalmente justificada a partir da razão pública, sobretudo sob uma perspectiva democrática.

---

[67] Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

[68] O recorte do dispositivo se dá de forma exclusiva sobre a prisão em caráter de execução da pena privativa de liberdade, excetuando-se as prisões cautelares que têm requisitos e razões específicas.

Além disso, esse exemplo demonstra que o Poder Judiciário é capaz de estabelecer releituras, contrariando, não só, a redação clara de dispositivos legais, como também, os próprios valores constitucionais, de maneira a produzir efeitos concretos e imediatos na esfera jurídica do indivíduo. Essa decisão permitiu a prisão imediata de pessoas que já possuíam condenação por órgão colegiado, mas que ainda aguardavam o julgamento de recursos.

4.4.2. Um exemplo de ativismo político

CAMILLOTO (2019, p. 26) apresenta a análise de uma decisão que oferta outro exemplo de ativismo. No caso, o Supremo Tribunal Federal determina a suspensão da eficácia do ato administrativo da Presidência da República que nomeou Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça federal em primeira instância para os procedimentos criminais em seu desfavor. Tal decisão proferida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes[69] viola, a um só tempo, lei federal e Constituição.

Para admitir o Mandado de Segurança, o magistrado amplia a legitimidade processual dos partidos políticos por meio de uma interpretação que altera o significado normativo dos direitos difusos, promovendo uma equiparação *contra legem* com a definição de direitos coletivos (CAMILLOTO, 2019, p. 29). Sem isso, ele não poderia conhecer da ação e intervir no ato administrativo. E ao fazê-lo, desconsidera o art. 21, I, da Lei Federal nº 12.016/09[70].

> Ao equiparar o conceito normativo de direitos coletivos com direitos difusos, o Ministro Gilmar Mendes admite a legitimidade para a impetração do mandado de segurança de forma muito diferente daquela desejada e normatizada pelo legislador.

[69] Mandado de Segurança nº 34.070

[70] Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.
Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:
I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. (BRASIL, 2009)

> Aqui se recoloca a questão política fundamental a partir da construção conceitual do Estado de Direito: o cidadão brasileiro prefere um governo de homens ou de leis? A decisão do Ministro Gilmar Mendes ultrapassa, e muito, as possibilidades hermenêuticas consignadas no texto da lei, violando, portanto, a expressão da soberania popular no tocante à legitimidade para a impetração da ação de mandado de segurança. (CAMILLOTO, 2019, p. 30)

CAMILLOTO destaca o fato de a referida decisão contrariar voto do mesmo Ministro no julgamento do Recurso Extraordinário nº 196.184, questionando o que teria feito ele alterar seu posicionamento, uma vez que não houve mudanças normativas que justificassem essa atitude (2019, p. 30). Aponta, ainda, o descumprimento do art. 22, §2º[71], da mesma lei federal que disciplina o mandado de segurança (2019, p. 32). De acordo com esse dispositivo, a liminar só poderia ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público impetrada. Não obstante, ela foi proferida sem observar a regra procedimental. Conquanto haja outras questões intrigantes e dignas de nota a respeito da decisão, as que se apresentam são bastantes para o que se pretende demonstrar mais à frente.

A análise dessa concessão liminar é especialmente interessante porque demonstra uma atitude ativista que foi, igualmente, determinante para os fatos que se desenrolaram à época e irreversível quanto aos efeitos produzidos. Conforme assinalado por CAMILLOTO (2016, p. 46), a decisão do Ministro Gilmar Mendes produziu resultado no campo da política, impedindo, em meio a um processo de *impeachment*, que a Presidenta da República pudesse contar com um articulador que possuía trânsito no Congresso Nacional e capital político capaz de alcançar, ao menos potencialmente, uma reaproximação do Poder Legislativo com o governo, evitando o afastamento de Dilma Rousseff da presidência e, consequentemente, restabelecendo a governabilidade. É significativo, e merece menção, o fato de o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mesmo preso, ser líder das intenções de voto na eleição para presidente em 2018[72]. O que demonstra a afirmação feita sobre o potencial para a mudança do cenário político que se desenhara.

[71] Art. 22. ...
§2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. (BRASIL, 2009)

[72] Lula lidera isolado com 37%, mostra nova pesquisa CNT/MDA. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/lula-lidera-isolado-com-37-mostra-nova-pesquisa-cnt-mda/>. Acessado em 21/12/2019.

Esse viés político, denota uma posição partidária[73], dirigida a um resultado previsível, revelando uma decisão de caráter teleológico e não deontológico. O Ministro alterou o alcance de sua jurisdição, agindo de maneira finalística para que pudesse admitir e decidir sobre o tema, transmutando a configuração da relação entre os poderes – senão de maneira generalista, ao menos de forma argumentativa naquela relação processual que se instaurara –, o que só deve ser feito, em uma democracia, pelos órgãos vocacionados à representação popular. Vale lembrar que a concessão da medida exigiu não só uma mudança repentina de posicionamento, com a alteração de uma interpretação anteriormente conferida ao mesmo dispositivo legal, como também a negação do cumprimento de uma regra procedimental cujo significado normativo é bastante evidente. Sob o ponto de vista constitucional, ela representou a violação da separação dos poderes com a intromissão em uma atribuição exclusiva do Chefe do Poder Executivo (de nomear seus Ministros de Estado). Portanto, nesse caso, houve uma intervenção por parte do Ministro do Supremo Tribunal Federal em questão política sensível, utilizando-se de um artifício interpretativo que lhe permitiu tomar conhecimento de uma demanda cuja admissibilidade não foi conferida pelo legislador. A lei, ao contrário, circunscreve o mandado de segurança coletivo para a defesa das finalidades estatutárias das agremiações, bem como dos direitos individuais homogêneos ou coletivos de seus associados. Além disso, exige um mínimo de contraditório antes de uma tomada de decisão liminar. Sequer poderia ser argumentado, para justificar tal mutação no sentido normativo da lei, a inafastabilidade da jurisdição – considerando que a impossibilidade de revisão do ato atentaria contra a ordem democrática –, isso porque, caberia, no caso, ação popular, passível de ser proposta por qualquer cidadão na primeira instância da Justiça Federal. Contudo, o Ministro achou por bem alçar um partido político qualquer à condição de substituto processual do povo, ignorando que, por sua característica ideológica, os partidos políticos representam apenas uma parcela da sociedade, que é reconhecidamente

[73] Partidária no sentido de ser deferente a uma pretensão política de um partido, que no caso era de oposição ao governo, o que foi inclusive mencionado nas razões do voto. Não significa qualquer tipo de filiação ou alinhamento ideológico. Conquanto isso, é oportuno anotar que, se considerado o contexto, as consequências daquela decisão liminar eram previsíveis, o que induz a conclusão de que o Ministro pretendeu o resultado. Consta da fundamentação: "A oposição tem claro interesse em levar ao judiciário atos administrativos de efeitos concretos lesivos a direitos difusos. E nosso sistema consagra a tutela de violações a direitos difusos como um valor a ser buscado, na perspectiva do acesso à jurisdição. No presente caso, estão em apreciação vários mandados de segurança em caráter coletivo impetrados por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não integrantes da base aliada, contra ato da Presidente da República. Logo, trata-se de uma via de defesa da ordem institucional que pode ser validamente desenvolvida e aceita. Feitas essas considerações, tenho por cabíveis as ações de mandado de segurança." (BRASIL, 2016, 14).

plural, e, portanto, não possuem a neutralidade necessária para o exercício desse *munus* que lhe foi atribuído.

Dessa forma a decisão viola os limites estabelecidos pela razão pública, na medida em que não respeita a estrutura geral do Estado definida constitucionalmente, violando prerrogativas tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, além da própria eficácia da norma Constitucional.

Essa decisão trouxe dois aspectos importantes: o primeiro se refere ao ativismo jurisdicional, em que o Poder Judiciário, exercendo um juízo sobre a própria jurisdição promove o alargamento dos limites legais e constitucionais que definem sua competência por meio de uma interpretação expansiva, trazendo ao seu conhecimento determinados assuntos que não seriam passíveis de sua análise senão pela via dos recursos, manejados no controle difuso de constitucionalidade. Agindo dessa forma o Supremo Tribunal Federal suprime instâncias e restringe a possibilidade de defesa, reduzindo o âmbito da discussão em desacordo com o devido processo legal. Além disso, sob o segundo aspecto, a decisão serve como exemplo de uma intervenção decisiva do ponto de vista político, produzindo efeitos imediatos e irreversíveis, o que levanta a questão sobre a possibilidade de uma resposta efetiva das demais instituições. A única resposta possível ao Poder Executivo seria a via recursal, que não representa uma solução independente e autônoma. Quanto ao Poder Legislativo, sequer esse tipo de resposta lhe seria oferecida ficando alheia ao descumprimento de sua opção legislativa.

4.4.3. Ativismo jurisdicional

A judicialização da política se impôs historicamente como condição necessária à estabilidade política de uma sociedade, projetada como uma instância garantidora de direitos fundamentais para o exercício da autonomia e do autogoverno democrático, mantenedora do funcionamento adequado das instituições do Estado, conforme uma determinada concepção política compartilhada pela sociedade.

Contudo, o exercício da jurisdição requer a obediência a determinados limites impostos pelo ideal de razão pública e de democracia. Esses limites são contingencialmente definidos a partir dos desenhos institucionais que são formal e historicamente determinados a partir da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Dessa forma, é preciso reconhecer que o grau elevado de judicialização da política é uma decorrência, em grande medida, das escolhas legislativas. De fato, tanto a

Constituição de 1988, com a adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, quanto a legislação processual conferem amplos instrumentos de acesso ao Poder Judiciário, incluindo na agenda desse órgão matérias de natureza eminentemente política. E essa opção não se limita a um determinado momento histórico, correspondente ao processo constituinte originário, influenciado por um sentimento progressista de ocasião que ansiava por uma ruptura definitiva com o autoritarismo. Ao contrário, ela vem sendo fortalecida pela prática social e reiterada pelo legislador constituinte derivado, conforme faz prova a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2006. Essa emenda fortaleceu a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, incluindo, dentre as disposições normativas da Constituição o art. 103-A[74], que permite a edição das súmulas de efeito vinculante a partir de seus precedentes, incluindo as decisões em controle incidental, na via difusa, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta de todas as esferas federais, com a possibilidade de anulação ou cassação do ato administrativo ou da decisão judicial das instâncias inferiores a partir de mera petição, pelo instituto da reclamação. Portanto, a judicialização da política encarna a cultura da sociedade brasileira, representando não só uma decisão ocasional, mas um *ethos* específico que enxerga no Poder Judiciário uma instância política para a realização da democracia.

Contudo, tem havido uma expansão jurisdicional que não é decorrente das escolhas democráticas, mas sim de um processo endógeno ao Poder Judiciário, como no caso do Mandado de Segurança analisado no tópico anterior, que serviu como instrumento para a revisão de um ato administrativo a partir de uma construção interpretativa que alterou os limites impostos à sua apreciação. E esse não é um caso isolado, ao contrário, reflete uma prática do Supremo Tribunal Federal. "Nós temos uma

[74] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988)

reengenharia institucional do Poder Judiciário que vem se fazendo de forma complexa, **também**[75] com um diálogo entre legislador e o Judiciário." (MENDES, 2007, p. 4). O advérbio "também", na fala do Ministro Gilmar Mendes, dá a tônica do fenômeno.

> Identifica-se uma prática a traduzir um ativismo qualificado como jurisdicional: a construção jurisprudencial de um novo patamar de competências, que atrai para a esfera de cogitação do STF temas em princípio não suscetíveis de elevação direta a seu conhecimento; ou, ainda, reconhece maior amplitude ao conjunto de interferências possíveis no funcionamento dos demais poderes. (VALLE, 2009, p. 62-63)

O próprio instituto da reclamação é fruto dessa forma qualificada de ativismo e tem sido alargado, mesmo após a sua normatização, por meio de uma atitude expansionista do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, desde a origem, a sua construção se baseou na jurisprudência da Corte, tendo sido firmado no RExt 13.828 de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato. A partir de então tem sido objeto de controvérsia quanto ao seu delineamento jurídico, especialmente quanto às hipóteses de cabimento e o alcance das decisões. A partir da positivação na Constituição de 1988, o seu cabimento esteve associado ao controle abstrato da constitucionalidade das leis e caracterizado como mero direito de petição para assegurar a autoridade das decisões (VALLE, 2009, p. 43-44). Porém, podem ser citados os seguintes precedentes de expansão do cabimento da reclamação: a possibilidade de pronuncia incidental de inconstitucionalidade de preceito contido na norma que se relaciona com o ato administrativo ou a decisão objeto da reclamação, ultrapassando a mera cassação do ato ou da decisão contrária ao precedente do Supremo Tribunal Federal; a ampliação das possibilidades da reclamação a partir da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato, admitindo-se a impugnação de atos que não guardam identidade com o tema central da decisão da Corte, mas que se relacionam com os fundamentos determinantes dessa mesma decisão; a ampliação das possibilidades da reclamação e limites subjetivos da decisão em controle concreto, nesse caso, passa-se a admitir que uma decisão incidental de inconstitucionalidade, proferida na via difusa, com efeitos *inter partes*, possa autorizar a reclamação por terceiros estranhos ao processo. Essa última hipótese, especialmente, esvazia o conteúdo do art. 52, X, da Constituição, que atribui ao Senado a competência para a suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal

[75] Sem grifo no original.

Federal, conferindo, na prática, o efeito *erga omnes* mesmo àquelas decisões incidentais proferidas em sede de recursos nos processos comuns (VALLE, 2009, p. 47-54).

De fato, todas essas hipóteses permitem um poder de sindicância muito maior ao Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe conhecer de matérias antecipadamente, superando instâncias do processo comum, promovendo uma "mutação constitucional" (VALLE, 2009, p. 54) com um redesenho das estruturas institucionais, usurpando funções que o Constituinte achou por bem deixar para o Poder Legislativo ou para as instâncias ordinárias. Esses entendimentos construídos casuisticamente sobre o alcance da vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal e das hipóteses de manejo, para além da previsão legal, conferem insegurança jurídica ao sistema de justiça, deixando ao sabor das circunstâncias a possibilidade de um provimento provocado pela via da mera petição, capaz de suprimir todas as demais instâncias do devido processo legal.

A natureza ativista dessa prática expansionista se caracteriza pelo desrespeito aos limites constitucionais e legais que disciplinam o exercício da jurisdição.

> É certo que, pelo princípio da conformidade funcional os órgãos estatais devem se manter "no quadro de competências constitucionalmente definido, não devendo modificar, pela via interpretativa (...), a repartição, coordenação, e equilíbrio de poderes, funções e tarefas inerentes ao referido quadro de competências". (MAURÍCIO JÚNIOR, 2009, P. 156)

O ideal de razão pública impõe a obediência às leis democraticamente promulgadas, não podendo o órgão estatal de maneira autorreferente expandir a sua competência, usurpando o poder do legislador, sobretudo se se considerar que sua função foi historicamente construída em torno da necessidade de preservação das regras democráticas e o adequado funcionamento das instituições políticas. A judicialização da política, a despeito de ser uma escolha da sociedade, exatamente por ser uma opção democrática, não pode exceder os limites legais definidos a partir da estrutura geral do Estado, definida constitucionalmente e delimitada a partir da escolha do legislador ordinário em um processo amparado pelo valor democrático que enseja.

4.5 Reação às decisões ativistas

Nesse tópico não serão analisadas as hipóteses aventadas pelas teorias dialógicas, que serão abordadas no próximo capítulo. Por ora, será realizado um

raciocínio dedutivo a partir das competências estabelecidas no texto da Constituição, em especial aquelas previstas nos arts. 48 a 52 e no art. 84, que dispõem sobre as competências do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Presidente da República.

Com relação aos exemplos oferecidos nos tópicos anteriores, convém observar que apenas a decisão referente à possibilidade da prisão em segunda instância foi posteriormente alterada. Contudo, a mudança se deu no julgamento de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADC nºs 43, 44 e 54 –, de maneira que foi o Supremo Tribunal Federal quem alterou o seu próprio entendimento quanto à questão. Desse modo, não houve uma resposta institucional dos outros poderes à decisão ativista. Existe, sim, uma movimentação por parte do Poder Legislativo para modificar o texto constitucional e processual penal para permitir a prisão após condenação em segunda instância[76]. Neste caso, as forças políticas contrárias ao novo posicionamento da Corte Constitucional estão buscando oferecer, dentro de um processo de discussão democrática, uma nova disposição normativa para a matéria[77]. Contudo, essa reação não se dá em face de uma decisão reputada como sendo ativista, considerando-se os critérios e as definições adotados no presente trabalho.

Não obstante isso, é possível observar que a decisão anterior, essa sim de natureza ativista, não foi atacada, apesar de ter sido lançado um desafio à autoridade do Poder Legislativo. Ela produziu efeitos até que o próprio Poder Judiciário superasse o seu precedente. É preciso considerar, porém, que em razão da decisão ter infringido a literalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, seria inconsistente do ponto de vista lógico uma resposta através da atividade legislativa. Vale dizer, o mencionado artigo é suficientemente claro quanto a impossibilidade de prisão a partir de uma decisão em segunda instância, sendo expresso em relação ao trânsito em julgado como condição para o cumprimento da pena. Logo, de que forma poderia se dar essa resposta por parte do Poder Legislativo?

Convém observar, que o art. 49, V, da Constituição prevê a competência do Congresso Nacional para sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder

[76] Está em tramitação na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 199/2019, que altera os arts. 102 e 105 da Constituição para transformar os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal, permitindo que as decisões tomadas em segunda instância transitem em julgado; além disso, tramita o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2018, que disciplina a prisão após condenação em segunda instância.
[77] A análise da constitucionalidade das propostas, foge dos objetivos da pesquisa.

regulamentar ou os limites de delegação legislativa. No entanto, apesar de haver uma previsão genérica para zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes, nos termos do inciso XI do mesmo artigo 49, não existe qualquer autorização para sustar os atos do Poder Judiciário, nem qualquer outra possibilidade expressa de resposta institucional contra uma decisão judicial ativista. A Constituição de 1937 previa expressamente uma possibilidade de reação institucional, permitindo, nos termos do art. 96, parágrafo único, que o presidente da república submetesse ao parlamento as declarações de inconstitucionalidade de lei para a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Dessa forma, há na Constituição de 1988 um silêncio eloquente, que representa uma opção clara de rejeição dessa hipótese de intervenção nos julgados da Corte[78].

De fato, não há qualquer possibilidade de resposta para nenhum dos dois exemplos apresentados acima. Em relação à decisão que anulou o ato de nomeação da Presidência da República não caberia qualquer resposta fora do âmbito do próprio Poder Judiciário. A não ser o descumprimento da decisão, o que representaria institucionalmente uma ruptura igualmente incompatível com a razão pública. Embora admita-se que eventual decisão ativista possa ser superada por meio de uma norma posterior que altere o dispositivo no qual ela se baseia, essa ocorrência representa uma hipótese meramente circunstancial e contingente, não significando uma solução normativa aplicável à generalidade dos casos, conforme os exemplos acima demonstram. Portanto, não serve como uma resposta normativa ao problema.

[78] Convém observar que o contexto político da época não permite uma análise quanto à eficácia desse dispositivo em um ambiente democrático, posto que o Presidente da República fechou o Congresso Nacional e, com isso, arrogou-se no poder de suspenção das decisões do Poder Judiciário que contrariassem os seus interesses, de maneira unilateral.

5. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Não é pretensão deste capítulo apresentar a taxonomia das teorias dialógicas, com o detalhamento de cada uma de suas variações[79]. O que se pretende analisar são as formas de interação e de resposta possíveis em face de decisões políticas que contrariam o ideal de razão pública, tais como aquelas caracterizadas no capítulo anterior. Para facilitar a compreensão, os arranjos institucionais existentes em alguns Estados estrangeiros e os mecanismos previstos no desenho da Constituição de 1988, que têm sido apontados pela doutrina como formas dialógicas de interação, serão descritos em tópicos separados mais adiante.

Antes de prosseguir, contudo, é preciso ressalvar que o ativismo judicial assume um determinado propósito nas teorias dialógicas e que o próprio conceito tem comportado variações nas fontes pesquisadas[80]. Além disso, o comportamento do Poder Judiciário, observado, desafia alguns pressupostos da presente pesquisa – relacionados com a missão de concretizar direitos e com a atuação contramajoritária de maneira autônoma e com independência funcional. Em razão disso, o enfoque será nos instrumentos de interação identificados e não nos enunciados teóricos propriamente dito. Não obstante, é necessário empreender uma breve exposição, destacando os aspectos centrais e comuns dessas teorias, sem os quais aqueles mesmos instrumentos não podem ser compreendidos adequadamente, nem analisados de forma crítica.

Em linhas gerais, as teorias dialógicas têm como diretrizes a maior legitimação democrática da *judicial review*; o reestabelecimento do equilíbrio de forças entre os órgãos que exercem as funções políticas e judiciárias; a concretização dos direitos fundamentais de maneira compartilhada, especialmente quanto à proteção das minorias; e uma certa comutação do papel estritamente jurídico dos magistrados por uma atuação mais politizada, conjugada com alguma estratégia de *weak-form judicial review*[81].

> Nos últimos anos, o "diálogo" tornou-se uma metáfora cada vez mais onipresente na teoria constitucional. É mais comumente utilizado para

[79] Para tanto, ver (SILVA, 2012, p. 91-101).
[80] A título de exemplo, Rodrigo Brandão apresenta o seguinte conceito: "O ativismo judicial, por sua vez, é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes." (BRANDÃO, 2017, 23). Enquanto Glauco Salomão Leite adota uma abordagem estrutural em que uma decisão pode apresentar diferentes dimensões de ativismos e de autocontenção, considerando o ativismo como uma tendência à expansão dos poderes judiciais. (LEITE, 2017, 83)
[81] Revisão judicial fraca.

> descrever a natureza das interações entre os tribunais e os ramos políticos do governo na área de tomada de decisões constitucionais, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais. As teorias do diálogo enfatizam que o judiciário não tem (como uma questão empírica) nem deve ter (como uma questão normativa) o monopólio da interpretação constitucional. Antes, ao exercer o poder da revisão judicial, os juízes se envolvem em uma conversa interativa, interconectada e dialética sobre o significado constitucional. Em suma, os julgamentos constitucionais são, ou idealmente deveriam ser produzidos através de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais.[82] (BATEUP, 2006, p. 1109)

LEITE (2017, 242) destaca que, "inegavelmente, o desenho constitucional atual reforçou o papel contramajoritário da Corte, ao mesmo tempo em que alargou os canais de acesso até ele, de modo que desaguassem no Tribunal inúmeras controvérsias constitucionalmente importantes". E conclui que o ativismo judicial, antes de ser uma conduta abusiva, pode representar um ponto de partida para a atuação dos demais poderes em razão da existência de diversos elementos que propiciam a interlocução entre eles.

Porém, essa interação parece depender de uma postura de autocontenção por parte do próprio Poder Judiciário.

> Em relação à experiência brasileira, tão necessária quanto a possibilidade de existirem diálogos é a circunstância de o STF se perceber como um dos integrantes dessa cadeia deliberativa, e não como o ator de um monólogo. A percepção por parte da própria Corte de que ela não tem a prerrogativa de se apropriar do documento constitucional pode contribuir para que ela utilize os expedientes adequados para permitir, até mesmo deflagrar, uma construção cooperativa do sentido constitucional com outros órgãos estatais. Isso pode ser notado em alguns dos casos já analisados, nos quais foram ressaltados aspectos ativistas das decisões do Tribunal. (LEITE, 2017, 248)

Outro aspecto apresentado e que merece destaque por contrabalancear essa aparente proeminência do Poder Judiciário em relação às decisões políticas, se refere a uma certa postura de autopreservação, em que os magistrados se antecipam às reações políticas e se tornam mais sensíveis à opinião pública do povo e dos seus representantes, para evitar algum tipo de retaliação dos demais poderes (BRANDÃO, 2017, p. 239). Esse posicionamento dos magistrados cria um ambiente de politização institucional que contradiz a própria função contramajoritária e que não pode ser levada em conta para o

[82] In recent years, "dialogue" has become an increasingly ubiquitous metaphor within constitutional theory. It is most commonly used to describe the nature of interactions between courts and the political branches of government in the area of constitutional decision-making, particularly in relation to the interpretation of constitutional rights. Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors.

estabelecimento de uma resposta normativa contra o ativismo – especialmente o tipo de ativismo judicial que se pretende impedir. Antes disso, espera-se que o Poder Judiciário possa decidir de forma insulada em relação a opinião pública para assegurar, sempre, os direitos das minorias para a garantida do valor democrático ínsito na Constituição.

Vale lembrar que essa pesquisa não tem como objetivo analisar o potencial da prática dialógica para o aperfeiçoamento do sistema normativo ou a correção de falhas da legislação, ou, ainda, analisar sua capacidade para permear as discussões políticas de um ideal de razão pública. Pretende-se encontrar uma resposta normativa ou, ao menos, verificar se os desenhos institucionais da Constituição de 1988 oferecem essa resposta contra o ativismo judicial, compreendido, aqui, como um ato que desafia o próprio conteúdo da Constituição, da razão pública e dos valores democráticos. Dessa forma, a dependência de uma postura mais deferente por parte do Poder Judiciário às escolhas políticas dos órgãos de representação democrática, quer seja ela fundada ou não em um instinto de autopreservação, revelam a fragilidade desses diálogos, especialmente se considerados os objetivos específicos da pesquisa. Contudo, serão analisados, na sequência, os instrumentos de interação propriamente ditos, para posterior conclusão.

5.1 Modelos estrangeiros

As teorias dialógicas partem de uma concepção de reequilíbrio entre os poderes políticos do Estado, de modo que as ideias de *judicial review* e de supremacia judicial possam dissociar-se uma da outra, refletindo novos arranjos institucionais que superem os modelos estadunidense e austríaco de controle constitucional. Pretende-se com isso promover uma diminuição das amarras do constitucionalismo, valorizando o aspecto democrático das instituições. Essas teorias têm se desenvolvido em Estados como o Canadá, Israel, Nova Zelândia, Reino Unido e Austrália, tradicionalmente fundados na supremacia parlamentar e na supremacia das leis, e surgem especialmente a partir de meados do século XX, com a adoção de suas respectivas declarações de direito e de uma Corte Constitucional. Dessa forma, preocupados com a ideia de uma eventual supremacia do Poder Judiciário, adotaram medidas para o enfraquecimento de sua jurisdição como forma de preservar os valores democráticos das decisões adotadas pelo povo por meio de seus representantes. Dentre as estratégias institucionais, destaca-se a implantação de um sistema brando de controle de constitucionalidade, de maneira que os direitos em si, conforme definidos pelo parlamento, possam prevalecer sobre as decisões judiciais, sendo

possível a *contradita* em face de uma declaração de inconstitucionalidade da lei (SILVA, 2012, p. 57-58).

No Canadá após a adoção da Carta de Direitos de 1982, foram previstos em seus arranjos institucionais instrumentos de superação das decisões judiciais, como a *overriding*[83] e a *notwithstanding clause*[84], que permitem a aplicação de leis, ainda que contrárias aos direitos fundamentais, mesmo tendo sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, conferindo a última palavra ao Poder Legislativo. A primeira cláusula possui uma limitação temporal, tendo validade de cinco anos, e deve preceder à aprovação da lei pela *notwithstanding clause*, essa última de caráter definitivo, superando em definitivo a posição da Suprema Corte. O limite de tempo da *overriding* permite que a questão seja rediscutida após um período de reflexão, que necessariamente exige o enfrentamento das razões constantes da decisão tomada em sede de controle de constitucionalidade. Além disso, o modelo canadense conta com outros mecanismos dialógicos. Por exemplo, o Poder Judiciário tem a discricionariedade para eleger o melhor remédio jurisdicional para cada caso, podendo ajustá-los em um momento posterior por meio de dois provimentos de interação: *supervisory jurisdiction*[85] e o *remedial issues*[86]. O primeiro serve para que o Poder Judiciário possa acompanhar as dificuldades experimentadas no cumprimento da determinação; e o segundo para a modulação dos efeitos da decisão, corrigindo as medidas adotadas pelo órgão contra o qual a decisão se impõe, para que se possa cumprir a determinação de maneira ajustada às dificuldades do caso concreto. Em todas essas figuras do arranjo canadense, deve haver respeito às razões apresentadas por ambas as instâncias políticas (SILVA, 2012, p. 63-64).

Seguindo a experiência do Canadá, o parlamento israelense estabeleceu a possibilidade de aprovar leis por maioria absoluta de seus membros, de maneira contrária às declarações de direitos. Cumpre ressaltar, contudo, que o Estado de Israel não conta com uma constituição no sentido formal, não possui um texto escrito. Porém a Suprema Corte israelense reconhece uma certa prevalência daquelas leis básicas – decorrentes das declarações de direitos (SILVA, 2012, p. 71).

A Nova Zelândia, por sua vez adotou uma declaração de direitos sem dotá-la de rigidez constitucional ou hierarquia em relação a legislação ordinária. Dessa forma, criou

[83] Superação.
[84] Cláusula não obstante.
[85] Supervisão jurisdicional.
[86] Medidas corretivas.

um impedimento para que o Poder Judiciário pudesse invalidar as leis emanadas de seu parlamento. A declaração apenas preceitua um mandado interpretativo, no sentido de que "onde quer que a um dispositivo legal possa ser dado um significado que seja consistente com os direitos e liberdades contidas nesta declaração, esse significado será preferido a qualquer outro significado" (SILVA, 2012, p. 78).

O Reino Unido e a Austrália apresentam variações sutis dos mesmos instrumentos. O Reino Unido além de um mandado interpretativo, que exige uma leitura da legislação compatível com os direitos constantes da convenção europeia, conta com a declaração de incompatibilidade, que ao fim e ao cabo não impede a aplicação da norma nem obriga o parlamento a adoção de qualquer medida corretiva. Na prática apenas gera uma situação desconfortável no plano político a partir da afirmação de que a lei é incompatível com a declaração de direitos. Por fim, a Austrália conjuga uma versão do mandado interpretativo, da declaração de incompatibilidade – ou de inconsistência – e do *overriding*. Nesse caso, pelo mandado interpretativo, é imposto aos legisladores o dever de afirmar a compatibilidade entre a sua proposta de lei e a declaração de direitos. Essa afirmação de compatibilidade é objeto de apreciação pelo *Scrutiny of Acts and Regulations Commitee*. Na sequência impõe-se o dever de conferir à norma uma interpretação sempre conforme a proteção aos direitos humanos. Uma vez que essa construção seja inviável, a Suprema Corte declara a inconsistência, tal como ocorre no modelo britânico, sem qualquer efeito vinculante, requerendo, apenas, uma resposta institucional. O *overriding* no modelo australiano corresponde a uma declaração de aplicabilidade da norma em contrariedade com os direitos humanos, impondo-se o dever de enunciar as circunstâncias excepcionais que autorizam essa exceção. (SILVA, 2012, p. 81-90).

Apresentados os principais instrumentos de interação dialógica daqueles países, convém advertir que eles foram projetados para uma tradição de supremacia parlamentar, e que foram incorporados para o ajuste dos respectivos sistemas de governo de maneira que a integração de uma carta de direitos e a criação de uma Corte Constitucional não afetassem o valor atribuído às suas instituições representativas. Valor historicamente determinado a partir da cultura política da sociedade. Nenhum daqueles Estados conta com um texto constitucional que seja ao mesmo tempo escrito, rígido, analítico e dirigente nos moldes da Constituição de 1988. Isto é dito apenas para prevenir que não é possível, simplesmente, pensar em qualquer hipótese de importação de maneira acrítica. Aliás, a proposta da teoria dialógica no Brasil é de promover uma maior interação entre os poderes

estatais, sem, contudo, dar impulso a uma reforma institucional. E conforme visto no capítulo anterior, as competências estabelecidas na Constituição de 1988 não preveem qualquer tipo de resposta ou de interação formal entre os poderes. Os diálogos, portanto, devem ocorrer a partir de uma releitura dos institutos existentes. É o que se apresenta no próximo tópico.

5.2 A teoria dialógica no Brasil

O Brasil, diferentemente de uma tradição fundada na supremacia parlamentar, constituiu-se num sistema presidencialista cuja governabilidade exige a coalisão com forças partidárias plurais representadas no Congresso Nacional, tendo adotado um modelo amplo de *judicial review* como estratégia para a realização dos direitos estabelecidos para a estrutura básica da sociedade, estampada na Constituição de 1988. As condições facilitadoras para a judicialização da política e a consequente interferência do Poder Judiciário nas escolhas das instituições de representação popular conduzem a um estado de paroxismo judicial. O art. 102 enuncia que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Assim, diferentemente de uma estratégia de *weak-form judicial review*, característica daqueles países analisados no tópico anterior, estabeleceu-se um arranjo mais favorável a uma supremacia do Poder Judiciário.

Apesar disso, convém destacar que a virtude das teorias dialógicas se encontra na oportunidade de interação entre as instâncias decisórias. LEITE (2017, 242) adverte que a referência à figura do guardião não deve ser compreendida como se coubesse exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal zelar pela ordem constitucional, "a vinculação ao documento constitucional é devida por todos os poderes do Estado, de sorte que cada um possui a responsabilidade político-institucional de justificar suas decisões com base em regras e princípios constitucionais". A partir desse pressuposto, é preciso reconhecer que todos os órgãos do Estado, integrantes de todos os poderes em todos os níveis da federação são obrigados a realizar a interpretação da Constituição. É claro que essa atividade alcança maior relevância nas esferas de representação política, uma vez que a leitura da Constituição nesses fóruns deliberativos irá refletir diretamente nas escolhas das políticas públicas para a realização de seus princípios dirigentes.

Essa compreensão representa o pressuposto básico para a discussão sobre teorias dialógicas, uma vez que, ao conferir o monopólio sobre o sentido normativo da Constituição ao Poder Judiciário, uma reação das demais instâncias às suas decisões

configuraria uma inconsistência lógica. Dessa forma, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo detêm a capacidade de decidir a partir de sua própria leitura constitucional.

É dessa concorrência em torno da interpretação, aliás, que emerge a questão sobre quem detém a última palavra. Esse ponto foi enfrentado no capítulo 3, sob a perspectiva rawlsiana. Com efeito, naquela ocasião ponderou-se que Rawls não confere um *pedigree* a qualquer instância política em particular, exigindo, para a validade de uma decisão a sua legitimidade a partir do critério de adequação ao ideal da razão pública. Não obstante, concluiu-se que do ponto de vista procedimental, o Poder Judiciário figura como detentor da última palavra. Esse entendimento, contudo, comporta reflexões a partir da perspectiva dialógica.

> Na perspectiva do diálogo defendida adiante, pode-se enxergar a corte e o parlamento de maneira não excludente. Não se propõe uma receita pronta e abstrata sobre o modo correto de interação das instituições, pois ela não tem como existir. É um esforço teórico infrutífero. Mais importante é encontrar critérios que permitam avaliar a legitimidade de cada instituição, caso a caso. O desafio é demonstrar que, apesar de a expertise ser variável importante no desenho institucional, no que diz respeito a direitos, o argumento epistêmico pela supremacia de qualquer instituição é indesejável. A minimização do erro não decorre tanto de uma instituição ou de outra, mas de sua interação deliberativa e da busca pelas melhores razões públicas, tanto por parlamentos quanto por cortes. Assim, pode-se potencializar a capacidade epistêmica da democracia sem negar a falibilidade das instituições. (MENDES, 2008b, 165)
>
> (...) 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. (MENDES, 2008b, 166)

Essa perspectiva cria uma circularidade com relação à última palavra. Porém, ainda que de forma flexibilizada, e com menor força, em razão da própria natureza da *judicial review* no desenho brasileiro, essa última palavra provisória será do Supremo Tribunal Federal. Essa constatação é óbvia em razão de que todo ato ou lei, posterior a uma declaração do Poder Judiciário, irá se submeter a um novo controle de constitucionalidade.

De acordo com Mendes (2008, p. 167), é importante nesse processo dialógico que a decisão em cada rodada imponha uma nova mobilização, atrasando a realização de um determinado projeto. Aqui já cabe uma primeira consideração sobre o que se pretende analisar. A provisoriedade da decisão, contra a ideia da definitividade, por si só, não tem

o potencial de impedir que uma decisão ativista produza efeitos, exatamente em razão dessa característica do atraso. Isso porque o ativismo judicial pode ser voltado especificamente para atingir um determinado resultado no tempo ou produzir efeitos imediatos irreversíveis. Conforme visto a partir dos exemplos apresentados.

Nesse sentido, é importante destacar que a pesquisa pretende verificar se os desenhos institucionais apresentam alguma solução normativa que sirva como resposta ao ativismo de maneira geral e não circunstancial. Assim, diante da insuficiência da provisoriedade como resposta eficaz ao ativismo, é preciso analisar as demais possibilidades que a teoria dialógica oferece, para verificar se são capazes de apresentar uma alternativa que seja satisfatória.

Brandão (2017, p. 281-298), a partir de uma análise empírica que envolveu a experiência de outros países, identificou os seguintes instrumentos de interação entre os Poderes Judiciário e Legislativo: ataques institucionais à Suprema Corte; o poder do Congresso sobre os orçamentos dos tribunais e sobre os salários dos juízes; a influência no processo de nomeação e de investidura dos juízes da Suprema Corte; a não implementação de decisões judiciais; e, mecanismos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte.

Apesar de o autor não os apresentar como uma proposta normativa de interação e diálogo, se limitando a relatar como ocorrências históricas, é possível afastar de plano os ataques institucionais, o uso dos orçamentos e salários e a não implementação das decisões como formulas legítimas para um realimento jurisprudencial, partindo de um critério de legitimidade fundado na razão pública, uma vez que, elas próprias são contrárias a esse ideal normativo.

Apenas a título de ilustração, para confirmar a impropriedade desses meios como alternativas válidas, convém citar alguns dos exemplos de ataques institucionais mencionados pelo autor. Com relação ao tipo de conduta, merecem destaque: a alteração do número dos membros da Corte, a manipulação das suas competências, e o *impeachment* de juízes com finalidade não disciplinar (BRANDÃO, 2017, p. 281). Por sua vez, quanto às ocorrências históricas, podem ser citadas: na história estadunidense, o *court packing plan* de Roosevelt; e, no Brasil, o Ato-Institucional nº 02/1965, que aumentou o número de vagas do Supremo Tribunal Federal de 11 para 16 ministros, preenchidas por integrantes da UDN (BRANDÃO, 2017, p. 322).

A manipulação da Corte a partir de ameaças em relação ao orçamento ou aos subsídios, bem como a não implementação das decisões são atitudes por si evidentes e não precisam de exemplos para sua compreensão.

Por sua vez, a participação no processo de nomeação e de investidura dos juízes das Cortes Constitucionais e os mecanismos de superação legislativa das decisões, merecem uma análise mais detida.

Brandão (2017, p. 288) destaca que o processo de nomeação dos juízes na Corte Constitucional consiste no principal mecanismo de influência dos poderes políticos dessa instituição. De acordo com os critérios estabelecidos para o acesso ao cargo e as garantias para o exercício das funções é possível definir o nível de independência (insularidade em relação à política) ou de responsividade judicial (proximidade com a vontade popular).

> os mecanismos que concedem a um só órgão o poder de nomear os ministros (normalmente o Presidente, que tende a atuar como líder da coalização parlamentar majoritária), e os que sujeitam a sua indicação a um processo de confirmação meramente formal a outro órgão, privilegiam a *accountability* à independência judicial. Já mecanismos que exigem o efetivo concurso de vontades de dois ou mais órgãos são mais propensos à escolha de juízes moderados e à proteção de minorias, havendo, porém, o risco de impasses no processo de escolha. (BRANDÃO, 2017, p. 288)
>
> Ademais, a natureza da investidura dos juízes da Suprema Corte exerce influência importante no equilíbrio entre independência e responsividade judicial. Em uma ordem decrescente de independência judicial se colocam (i) vitaliciedade (que pode ser potencializada pela ausência de aposentadoria compulsória), (ii) mandatos por prazos certos e não renováveis, e (iii) mandatos renováveis. (BRANDÃO, 2017, p. 289)

Considerando os critérios definidos acima, ao menos em tese, os desenhos institucionais estabelecidos na Constituição de 1988 proporcionam a escolha de juízes moderados, propensos à proteção de minorias, com alto grau de independência e menor responsividade perante a vontade geral. Essas características estão adequadas com a proposta de uma Corte Constitucional projetada para agir de maneira contramajoritária e em favor das condições necessárias para a democracia. Porém, a prática tem demonstrado que as escolhas do Presidente (líder da coalizão) se submetem apenas a uma liturgia perante o Senado, circunstância que permite ao Chefe do Poder Executivo a determinação de um alinhamento político no Supremo Tribunal Federal às suas pretensões de governo. Apesar disso, a vitaliciedade no cargo e a não concomitância entre as questões sensíveis e o ato de nomeação, tornam esse mecanismo estéril quanto a capacidade de promover uma superação de determinada decisão ativista a tempo de se evitar um resultado concreto.

Por fim, quanto aos mecanismos de superação das decisões, Brandão (2017, p. 298-308) apresenta uma abordagem especialmente interessante. Partindo do exemplo canadense e da exploração de seus institutos, ele destaca que, conquanto exista a previsão formal das cláusulas *overriding* e *notwithstanding*, esses instrumentos não têm sido utilizados. A principal forma de interação entre a Suprema Corte e o Parlamento daquele país tem sido através da utilização da seção nº1 da Carta de Direitos, que autoriza o legislador a impor limites ao conteúdo dos direitos fundamentais, desde que razoáveis e justificáveis em uma sociedade livre e democrática. A proposta dessas leis limitadoras tem promovido um diálogo entre os dois poderes numa dinâmica que, por vezes assume uma lógica deliberativa, com temperamentos às leis – que passam a ser revistas dentro do próprio Parlamento após a manifestação da Corte –, e por vezes uma lógica adversarial, com leis " destinadas a pura e simplesmente reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável" (BRANDÃO, 2017, p. 301). Nesse último caso, e essa é a questão mais relevante, o Parlamento não se vale daquelas cláusulas específicas mencionadas acima, mas apenas promulga a lei, numa atitude classificada pela doutrina como *"law in your face".* Essa resposta legal – a partir de lei ordinária –, ao lado da possibilidade das Emendas Constitucionais são as alternativas mais promissoras contra as decisões ativistas.

Na ADI nº 5.105[87] o Ministro Relator aborda as teorias dialógicas e trata do tema da possibilidade de superação legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal, delineando esses dois instrumentos.

> Esta importantíssima decisão abordou inclusive a questão relativa às diferentes formas de superação legislativa das interpretações constitucionais do Supremo Tribunal Federal. Neste particular, o Ministro Luiz Fux, também em sintonia às teses aqui defendidas, asseverou que: (i) as emendas constitucionais alteram o próprio texto constitucional interpretado pelo STF, de modo que a invalidação judicial de "emenda constitucional superadora" somente será possível caso sejam violados os limites ao poder de reforma constitucional, os quais não devem ser interpretadas de modo expansivo; (ii) já as "leis ordinárias superadoras" mantêm incólume o texto constitucional, incorporando uma interpretação constitucional diversa da anteriormente adotada pelo STF. Desse modo, nascem com uma "presunção relativa de inconstitucionalidade", na medida em que pesa sobre os ombros do Legislador o ônus de demonstrar que há boas razões para o STF alterar a sua interpretação constitucional (e.g. fatos novos ou mesmo pretéritos que não foram devidamente considerados). Caso o STF anua às razões trazidas pelo Legislador, e assim julgue constitucional lei que revertera a sua intepretação da Constituição, operar-se-á mutação constitucional por iniciativa do Legislador. (BRANDÃO, 2017, p. 383)

[87] Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>

Com relação às Emendas Constitucionais a questão não oferece muito esforço para a compreensão. Essa é a medida, por excelência, de resposta legislativa. E dada a natureza analítica da Constituição de 1988, várias das discussões que chegam ao Supremo Tribunal Federal estão sujeitas à alteração por meio desse processo legislativo. Apenas aquelas decisões fundadas em princípios ou regras imbricadas com a relação de temas do art. 60, §4º,[88] da Constituição é que estariam imunes a essa resposta institucional. Porém, essa resposta também encontra limitações, conforme será destacado mais à frente.

A superação pela via da lei ordinária, por sua vez, é extremamente frágil. De acordo com o voto do Ministro, ela nasceria com uma presunção relativa de inconstitucionalidade e dependeria da capacidade de trazer em suas razões elementos que pudessem convencer a Corte a rever sua posição. Essa índole da nova lei afasta qualquer possibilidade de superação de uma decisão ativista que pretenda um resultado determinado. A lei superadora já nasceria morta, uma vez que a condição de sua validade dependeria exclusivamente de o próprio tribunal rever sua posição. Assim, antes de ser uma resposta, serviria como mera provocação.

Por fim, tanto a Emenda Constitucional quanto a lei ordinária "*in your face"* não são viáveis contra aquelas decisões que são ativistas exatamente por deixarem de observar a norma, ou que promovam uma mutação a partir de uma interpretação que não encontre base razoável ou racional, e que são proferidas para alcançar uma finalidade específica. Isso porque o texto – seja ele constitucional ou legal – já existe, apenas não é observado, assim, uma nova lei não produziria nenhuma alteração, nem fática nem normativa, capaz de alterar o resultado do julgamento.

5.3 Conclusão a respeito da teoria dialógica

A teoria construída em torno dos diálogos institucionais, sem a alteração dos arranjos da estrutura geral do Estado, não oferece uma resposta satisfatória para o

[88] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
(...)
§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

ativismo no Brasil. Primeiro porque a hipótese de uma resposta baseada no ataque institucional à estrutura do Poder Judiciário, incluindo os aspectos financeiros e orçamentários, com a alteração de sua composição, de sua competência, com a redução remuneratória dos magistrados, ou qualquer espécie de *court packing*, não representa uma alternativa válida sob um ponto de vista moral e racional. Da mesma forma, o mero descumprimento das decisões representariam uma ruptura, incompatível com os preceitos constitucionais. De fato, a pesquisa demonstrou que a judicialização da política representa uma estratégia da sociedade para a efetivação dos direitos fundamentais básicos, negligenciados durante os governos autoritários, sendo que o reconhecimento desses direitos é a base para a concretização da democracia. Cabe ao Poder Judiciário, pois, intervir nas decisões políticas para garantir as condições necessárias à sua realização (da democracia) enquanto valor, de maneira que o cidadão possa exercer sua autonomia, participando com igualdade de *status* nas escolhas dos novos direcionamentos e arranjos institucionais do Estado, numa releitura dos princípios fundadores da Constituição, a partir da nova realidade social. Para a realização desse propósito, qualquer tipo de vulneração, incluindo formas concretas de ataques institucionais ou a mera desobediência contra o Poder Judiciário, se mostram incompatíveis com a própria razão pública que se pretende preservar.

Em outro giro, uma resposta a partir de Emenda Constitucional ou do tipo *law in your face* não é capaz de reverter determinadas formas de ativismo judicial, especialmente quanto aquelas decisões políticas que produzem um resultado imediato e irreversível, ou que representem o próprio descumprimento da Constituição ou da Lei, numa interpretação que desafie a lógica. Em que pese, em algumas situações particulares esse tipo de resposta dialógica ter a potencialidade de superar uma decisão ativista, esse resultado é ocasional, de modo que não se mostra como uma solução normativa de caráter geral.

Por fim, apesar de algumas características dialógicas promoverem discussões políticas permeadas por um ideal de razão pública, isso não impede uma decisão ativista do Poder Judiciário. Mesmo que empiricamente possam ser demonstradas posturas deferentes às escolhas democráticas e um certo zelo por parte do Supremo Tribunal Federal com as escolhas dos órgãos de representação popular, de igual maneira, podem ser apresentados casos em que as decisões não obedecem os ideais de razão pública e que desafiam o valor democrático a ser protegido.

Essa conclusão abre novos questionamentos sobre o ativismo judicial, sugerindo a revisão dos desenhos institucionais, de maneira que se possa harmonizar o valor intrínseco da democracia, reveladora dos valores morais perseguidos pela sociedade, com o exercício legítimo da jurisdição, de modo a garantir o funcionamento estável das instituições. A resposta a esse desafio está longe de ser evidente e não cabe nos objetivos gerais e específicos traçados no projeto desta pesquisa.

6. CONCLUSÃO

O Constitucionalismo emergiu no final do século XVIII apoiado na inflexão dos ideais de liberdade e de igualdade sobre o indivíduo, rompendo com o Estado Totalitário fundado sobre a imagem do soberano. As Constituições Americana de 1787 e Francesa de 1791 inauguram o primeiro paradigma de Estado de Direito, baseadas na soberania do povo e da nação. Essa soberania implicou na declaração política de um conjunto amplo de direitos e liberdades, inspiradas no *laissez a faire*, que prometiam ao indivíduo a autonomia pública e privada necessárias para o exercício da titularidade do poder estatal. O autogoverno se dava pelo império das leis cuja autoria confundia-se com os próprios destinatários e cuja abrangência alcançava os poderes do Estado.

Essa configuração inicial, quase poética e de vanguarda iluminista (por que não?) foi sendo alterada a partir de novos paradigmas baseados nas releituras, sempre contingentes, dos ideais de liberdade e de igualdade do Estado Moderno. Novas leituras realizadas pela sociedade a partir da razão pública e conformadoras de sua estrutura básica. Essa dinâmica transformadora conduziu o constitucionalismo histórico fundado sobre as bases de uma declaração política de direitos a um paradigma de concretização e de reconhecimento de novos direitos, abandonando os ideais do *laissez a faire* e aproximando os objetivos do Estado a um programa de bem-estar social – *Welfare state*. Essa mudança, por fim reclamava por uma atuação real e efetiva dos órgãos de poder no exercício de suas funções típicas. Em outras palavras, requeriam uma maior presença do Estado, o que resultou em novos arranjos institucionais, com a criação de novos fóruns de discussão e a inclusão do Poder Judiciário nas questões políticas para a garantia da autonomia do indivíduo e da realização da democracia.

A densificação dos direitos – compreendida por uma normatização abrangente e pela maior eficácia jurídica das normas –, bem como o necessário reconhecimento dos novos sujeitos e a implementação de medidas estatais, originariamente atribuídas aos órgãos responsáveis pelas funções legislativas e executivas, vocacionados para a política e para a representação popular, passaram a compor a agenda do Poder Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente após a segunda guerra mundial. Essa Judicialização da política surge como alternativa para uma parcela da sociedade invisibilizada, sempre à margem das políticas públicas guiadas por interesses de grupos com maior representatividade perante as instituições formais do Estado.

Os fatos da segunda guerra evidenciaram a necessidade da intervenção de um órgão estatal que pudesse garantir o funcionamento das instituições e de assegurar direitos de modo

que se pudesse realizar o valor democrático ínsito no constitucionalismo histórico. A ineficácia dos arranjos institucionais dos dois paradigmas anteriores ao Estado Democrático de Direito impusera uma reformulação da estrutura geral do Estado para a realização de uma concepção política de justiça.

Foi o reconhecimento dos direitos fundamentais como um compromisso efetivo do Estado e não uma mera declaração política, bem como a consolidação da democracia como um valor e a reconfiguração dos arranjos institucionais que promoveram a interação do Poder Judiciário com a política. A judicialização dessas questões, portanto, está imbricada com o objeto da razão pública que, em síntese, representa a razão do cidadão dirigida para a estrutura básica de sua sociedade, de tal modo que suas escolhas sejam justificadas racionalmente por meio de uma concepção política de justiça que possa ser aceita por pessoas razoáveis e subscritas por todos em uma democracia.

Dessa forma, considerando que o fenômeno da judicialização encontra justificativa na razão pública, a atuação do Poder Judiciário deve estar orientada para a realização dos valores e princípios substantivos daquela concepção política de justiça da qual faz parte. Esses valores, vale dizer, que decorrem da cultura política da sociedade, conformam a própria Constituição do Estado. O corpo constituinte decide, a partir de uma concepção política aderida pela sociedade, sobre os poderes constitucionais do governo, os direitos fundamentais dos cidadãos, as prerrogativas de cada órgão, e a função típica que cada um realiza para alcançar os objetivos pretendidos sob os auspícios daqueles valores que representam a moralidade política.

Isso permite, como primeira conclusão, afirmar que o Poder Judiciário está adstrito à razão pública e, portanto, à moralidade política da sociedade, não podendo ultrapassar os limites de sua atuação, justificáveis racionalmente, e inscritos na Constituição.

O constitucionalismo, por sua vez, considerando o segundo marco teórico adotado na pesquisa, requer fundamentalmente a obediência à Constituição Histórica, que corresponde, exatamente, a essas decisões da sociedade de que tratam os parágrafos acima, justificadas ao longo do tempo por valores morais que compõem uma dimensão ideal da Constituição, compreendida de maneira complexa. Dessa forma, as decisões políticas, incluindo aquelas de conteúdo constitucional, representam uma razão para se acreditar que existem razões morais para se decidir num determinado sentido. Essa concepção desenvolvida por Nino confere ao processo democrático um valor epistêmico, que permite acessar a moralidade social, excluída desse âmbito aqueles valores autorreferenciais de uma concepção de vida boa. Conforme visto, não obstante ser possível alcançar esse conhecimento acerca da moralidade através do

raciocínio reflexivo, o processo democrático de decisão coletiva oferece uma maior confiabilidade epistêmica. Mas para que se possa atribuir esse valor à democracia, é preciso que o processo de decisão observe determinadas pré-condições que garantam a amplitude de participação de todos aqueles que possam ser afetados pelas escolhas políticas, incluindo o reconhecimento de direitos *a priori*, a capacidade de as discussões se pautarem por princípios e não unicamente por interesses, a igualdade de participação, a liberdade de expressão e de associação, a capacidade de se evitar minorias congeladas e insuladas e a reversibilidade das decisões.

A Constituição Histórica deve ser preservada enquanto representar a melhor alternativa dentre as opções possíveis num dado momento para que se opere a democracia. Isso porque ela tende a aproximar-se de sua dimensão ideal, a partir do processo democrático, refletindo com maior propriedade os valores morais de sua cultura política quanto mais próximos os seus arranjos institucionais estiverem de uma estrutura ideal de poder. Esta consideração é importante porque revela a sujeição da própria Constituição Histórica, que pode ser alterada ou substituída pela alternativa que melhor se ajuste ao valor democrático. Mas isso sempre em caráter de exceção para se alcançar aqueles valores morais de uma Constituição Ideal.

Portanto, uma vez que a judicialização da política decorre dos desenhos institucionais e dos demais elementos constitucionais justificados pela razão pública de uma sociedade para a realização de valores morais, a atuação do Poder Judiciário não pode contrariar aqueles limites expressos na Constituição, especialmente aqueles que definem sua competência funcional e as prerrogativas dos demais Poderes do Estado. Além disso, uma vez que o conhecimento dos valores morais da sociedade se dá de maneira mais confiável por meio dos processos democráticos, as decisões judiciais não podem afetar aquelas pré-condições que conferem valor epistêmico à democracia. Antes disso, deve sempre buscar garantir essas pré-condições, promovendo os direitos *a priori* e respeitando, como regra, as decisões majoritárias daqueles órgãos de representação da vontade popular.

A par dessas últimas conclusões, ao longo da pesquisa foi possível estabelecer as hipóteses e os limites razoáveis de atuação do Poder Judiciário e de alcance da judicialização da política, de acordo com o ideal de razão pública e com o valor da democracia, sendo eles: (i) garantir um limiar mínimo relativo à distribuição de direitos *a priori* necessário para conferir ao processo democrático um valor epistêmico satisfatório; (ii) afastar decisões que contrariem certos pressupostos do discurso moral, como aquelas que ultrapassam a esfera moral intersubjetiva e afetam o princípio da autonomia pessoal e da dignidade da pessoa,

estabelecendo um padrão perfeccionista; (iii) manter a Constituição Histórica enquanto convenção ou prática justificatória em que se pode operar a democracia; devendo, ainda, (iv) respeitar as prerrogativas dos órgãos legislativo e executivo, abstendo-se de atuar em questões políticas que não dizem respeito aos elementos constitucionais essenciais ou questões básicas de justiça; e (v) justificar publicamente suas decisões de acordo com a concepção política subscrita pela sociedade, não podendo se valer das razões de determinada doutrina abrangente ou ligadas a concepções exclusivas de bem.

Assim, as decisões que atingem a esfera política, com finalidades determinadas a um resultado específico, proferidas pelo Poder Judiciário em desafio às prerrogativas dos demais poderes, alterando ou substituindo escolhas válidas, são decisões representativas de um ativismo judicial que desafia a razão pública, desobedece a critérios de racionalidade baseados nos próprios elementos constitucionais, e interfere no funcionamento adequado das instituições democráticas, afetando diretamente o seu valor epistêmico. E com base nos exemplos que foram ofertados anteriormente, foi possível constatar que o ativismo é um dado da sociedade e que é preciso expungir essa prática atentatória à razão pública e à democracia por meio de instrumentos adequados que permitam uma resposta institucional capaz de superar decisões desse tipo e conter a atuação do Poder Judiciário dentro da racionalidade constitucional e democrática.

A Constituição de 1988 representou um marco para a democracia, incorporando um extenso rol de direitos e prescrevendo outras disposições que conferem garantias de um mínimo essencial para uma participação cidadã, possibilitando o pluralismo e oferecendo instrumentos de participação popular direta. Adotou um amplo sistema de revisão constitucional dos atos administrativos e das leis, com propósitos claramente democráticos, para permitir a defesa contra as intromissões nos direitos individuais, ou para que o cidadão pudesse requerer uma prestação necessária para o exercício de sua autonomia pública e privada. Além disso a judicialização vem permitir que os próprios departamentos estatais pudessem garantir suas prerrogativas, repudiando a concentração de poderes, repartindo os recursos para a realização dos objetivos institucionais, guiados pelos fundamentos e objetivos do Estado.

Apesar disso, a primazia conferida ao Supremo Tribunal Federal no mister de interpretar os preceitos constitucionais, para além de uma judicialização legítima para fins democráticos, tem possibilitado o ativismo judicial. Os desenhos institucionais não estabeleceram qualquer medida capaz de uma resposta a essa atuação do Poder Judiciário. E nesse caso, o silêncio constitucional foi eloquente, uma vez que previu respostas bem evidentes

na relação entre os Poderes Executivo e Legislativo, desconsiderando outros instrumentos que já fizeram parte da história constitucional brasileira, evidenciando assim a figura de "guardião" estampada no art. 102 da Constituição de 1988.

Por sua vez, a teoria construída em torno dos diálogos institucionais, desconsiderando qualquer alteração dos arranjos estruturais do Estado, igualmente, não oferece uma resposta satisfatória para o ativismo no Brasil. Ao revés, os mecanismos de interação se revelam ou contrários ao próprio ideal de razão pública ou inermes contra uma decisão que tenha por finalidade alcançar um resultado político no tempo ou que represente em si uma desconsideração à lei ou ao dispositivo constitucional já existentes, promovendo uma mutação de sentidos ao alvedrio da Corte.

Uma interação que dependa de uma postura autorrestritiva do Poder Judiciário, ou que apenas provoque uma nova manifestação e que fique na dependência de ele próprio superar seus precedentes não pode ser considerada como uma resposta institucional. Há diálogo, mas não uma resposta normativa ao ativismo.

Esse estado de coisas sugere uma revisão dos desenhos institucionais, abrindo-se o campo para a discussão a respeito de novos arranjos que prevejam instrumentos dialógicos mais contundentes, como aqueles experimentados em outros países. É claro que não se pode importar nenhum modelo de interação de forma acrítica, ao contrário, deve-se discutir e buscar alternativas para que se possa harmonizar um controle de constitucionalidade dos atos e das leis com o valor intrínseco da democracia e compatível com a razão pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTS, Susan; WARSHAW, Chris; WEINGAST, Barry R., **Democratization and Countermajoritarian Institutions: The Role of Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy** (2012). Ginsburg, Comparative Constitutional Design. Cambridge University Press, 2012. Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2554750. Acessado em 01/09/2019

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** - 3ª ed. Revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria.** In: Revista Brasileira de Políticas Públicas/Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial 2015 -. Brasília: UniCEUB, 2015.

BATEUP, Christine. **The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue.** Brooklyn Law Review, v. 71, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr Acessado em 12/11/2019.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?**. / Rodrigo Brandão. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 1937.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 24 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#art810>. Acessado em 21/12/2019.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acessado em 21/12/2019.

BRASIL. STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 5.105 DF.** Relator: Ministro Luiz Fux. Dje nr. 54: 16 mar. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116> Acessado em 23/12/2019.

BRASIL. STF. **HABEAS CORPUS. HC nº 126.292.** Relator: Ministro Teori Zavascki DJE nº 23, divulgado em 06/02/2017. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acessado em 26/12/2019.

BRASIL. STF. **MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34070 0051789-90.2016.1.00.0000.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dje nr. 54: 28 mar. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>. Acessado em 21/12/2019.

CAMILLOTO, Bruno. **Direito & política: a República, o judiciário e a politização** / Bruno Camilloto. - Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

CAMILLOTO, Bruno. **Direito, democracia e razão pública.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

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

CARDOSO, Rodrigo Mendes. **A participação popular na Constituinte de 1987-1988.** - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DEL PRIORE, Mary. **Uma breve história do Brasil** / Mary del Priore, Renato Venancio. - São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

GARRETON M., Manuel Antonio. **A redemocratização no Chile: transição, inauguração e evolução.** Lua Nova, São Paulo , n. 27, p. 59-92, Dec. 1992 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000300004&lng=en&nrm=iso>. access on 26 Dec. 2019. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000300004.

GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review.** In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford Handbook of Law and Politics. New York: Oxford University Press. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2487330. Acesso em 14/05/2019.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição de 1988.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 249, p. 295-302, set. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4103/2856>. Acesso em: 19/12/2019. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v249.2008.4103.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrátivo: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional.** 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTINS, Renato. **Chile: a democracia e os limites do consenso.** Lua Nova, São Paulo , n. 49, p. 65-85, 2000 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-

64452000000100005&lng=en&nrm=iso>. access on 26 Dec. 2019. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452000000100005.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial da escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas** / Alceu Maurício Jr.; prefácio de Ricardo Lobo Torres. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELO FILHO, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático.**/ Renato Soares de Melo Filho./ Curitiba: Juruá, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** Rio de Janeiro/RJ: Elsevier Editora Ltda. 2008a

MENDES, Conrado Hübner. **Deliberação política e cortes constitucionais.** In: O papel da teoria política contemporânea: Justiça, constituição, democracia e representação. Organização: Adrian Gurza Lavalle, Álvaro de Vita, Cícero Araújo. - 1. ed. São Paulo; Alameda, 2015. p. 219-248

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas FFLCH - Departamento de Ciência Política. Universidade de São Paulo - USP. p. 224. 2008b.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Apresentação.** In: SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição / Carl Schimitt; tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

MENDES, Gilmar. **A Revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal.** Valor Econômico, Brasília, 18 out. 2007. p. 1-9. PDF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2007_out_18.pdf>. Acessado em 22/12/2019.

MENDES, Gilmar. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil.** 2005.Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalstfinternacional/portalstfagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle__pronunciamento__3_1.pdf>>. Acessado em 20/12/2019

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy** / Carlos Santiago Nino. New Haven: Yale University Press., 1996.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **ATIVISMO JUDICIAL DESTRÓI O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 6 mar. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito. Acesso em 14/05/2019.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político** / John Rawls; tradução Álvaro de Vita. – Ed. ampl. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça** / John Rawls; tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. – 4. ed. rev. – São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense eBook, 2013, p. 15-46.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição** / Carl Schimitt; tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SILVA, Cecília de Almeida. **Diálogos institucionais e ativismo.** / Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme Berman, José Ribas Vieira, Rodrigo de Souza Tavares, Vanice Regina Lírio do Vallle./ 1ª ed. (ano 2010), 2ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Jessé. **A Construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**/Jessé Souza. - Rio de Janeiro: Editora LeYa, 2018. PDF.

STRECK, Lênio. **Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** In: Espaço Jurídico: Journal of Law [EJJL] | Quadrimestral. v. 17 n. 3, 2016. Joaçaba - SC. p. 721-732. Disponível em: https://doi.org/10.18593/ejjl.v17i3.12206. Acessado em 17/12/2019

TATE, C. Neal. **Why the expansion of judicial power?**. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power: The judicialization of Politics**. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.**/ Vanice Regina do Valle (org.)./ Curitiba: Juruá, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CORTE CONSTITUCIONAL: Uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição.** In: REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA: V. 30, n. 120. Brasília/DF. out./dez 1993. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496852> Acessado em 26/12/2019

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial.** Rio de janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil.** In: Revista Direito GV, São Paulo 4(2). Jul-dez 2008. P. 389-406. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003>>, acessado em 15/12/2019.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014.

VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios; 20, 21 e 22 de novembro de 2008 - Brasília – DF. p. 7711-7736. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf. Acesso em 14/05/2019.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação** / Jeremy Waldron; tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.