

## INTRODUÇÃO

O modelo constitucional brasileiro traz um desafio para a concepção do que se entende por participação democrática e representação. Se os mecanismos formais de participação, como a eleição de representantes ou participação direta através de plebiscitos, referendos e a iniciativa popular de leis (art. 14 do texto constitucional) são relevantes, a viabilidade do projeto democrático pressupõe também a compreensão de que outros atores estão legitimados a proceder a representação do povo, como os tribunais. Não uma representação por argumentos políticos, mas que atenda a um critério racional de legitimidade, o que se dá a partir de princípios.

A característica central do modelo democrático ainda reside na arena pública onde grupos, pessoas e partidos pretendem não só alcançar o poder político, mas nele se manter. E se por um lado é possível vislumbrar uma racionalidade nas escolhas políticas, onde partidos políticos e eleitores são capazes de avaliar reflexivamente as alternativas, hierarquizá-las e potencializar os benefícios que retiram do ambiente político, de outro, os sujeitos privados podem se auto-organizar através de uma rede de comunicação de esferas políticas, onde os constantes momentos deliberativos permitem a (re)afirmação da comunidade política.

Todavia, constrói-se um imaginário segundo o qual estas instancias (políticas) não estariam mais aptas a exercer com a efetividade esperada a representação política, o que vem a se denominar, genericamente, de *crise de representatividade*. Daí a justificativa para uma tomada de posição da jurisdição, que poderia contribuir de modo mais eficaz para a efetividade da Constituição, já que tem, sobre ela, a prerrogativa da última palavra nos termos *caput* do art. 102 da Constituição brasileira.

Este é o argumento que em larga medida justifica, no Brasil, um deslocamento das demandas *políticas* de um Estado Social para a decisão jurisdicional. Contudo, como já advertiu Ronald Dworkin, não há nenhuma garantia de que as decisões dos tribunais sejam muito melhores do que aquelas tomadas nas instâncias políticas. Cumpre indagar então, o que é isto, a crise de representatividade e se essa crise justifica este movimento de pêndulo em direção ao Judiciário.

Para esta análise, nos estreitos limites deste trabalho, serão vistas as perspectivas da representação política e suas variações para afirmar que está em crise não é a representação em si, mas uma sua variação, a dos grandes partidos de massa do século XX, o que será visto no item I. No item II se pretende analisar a assim chamada indignidade da legislação para demonstrar que não há elementos que permitam inferir que o legislador tem uma atuação de baixa qualidade ou que as supostas omissões possam justificar invasões sistêmicas do Estado-juiz. Após, no item III, se procederá a distinção entre judicialização e ativismo para afirmar que se o primeiro é contingencial, decorrente do atual modelo constitucional, o ativismo representa um problema no âmbito da teoria decisão. E no item IV, a partir de um conjunto de casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal será problematizada a representação argumentativa e uma possível uma quebra de limites sistêmicos entre legislação e jurisdição.

## **I. CRISE DE REPRESENTATIVIDADE OU CRISE DE UM MODELO DE REPRESENTAÇÃO?**

A representação política, nos Estados democráticos, se apresenta quase que consensualmente com o mandato, onde o povo escolhe livremente seus governantes, vinculados a partidos políticos que coagulam em seus programas, um dado projeto de poder. Deste modo, os governos são representativos porque são eleitos. A eleição é um dos pilares do pensamento político moderno.

A representação política nos países ocidentais se fundou, ao menos desde o século XVIII, em alguns princípios que permanecem de certa forma estáveis até os dias hoje, como a eleição dos representantes pelos governados; uma relativa independência entre governantes e eleitores; a opinião pública e debate<sup>1</sup>. Isto não significa dizer que não se operaram modificações neste sistema, como é o caso da ampliação do sufrágio e o surgimento dos grandes partidos organizados, em meados do século XIX. Isto foi visto por muitos, como uma crise de representatividade, até porque o governo representativo moderno se deu sem a presença desta facções, cuja aparição acarretou mudanças significativas da forma de representação.

---

<sup>1</sup> MANIN, Bernard. **The principles of representativa government**. New York: Cambridge University Press, 1997.

O fim da representação parlamentar se deu em razão do aumento do eleitorado em razão da extensão ao direito ao voto, o surgimento dos movimentos sindicais e a organização política em torno dos grandes partidos de massa. Os vínculos pessoais de representatividade foram fragmentados, de maneira que agora a escolha do representante era puramente política, vez que o candidato agora é o escolhido por uma agremiação partidária e a vinculado um repertório ideológico, representado nos programas partidários. O rompimento com uma lógica elitista da representatividade foi também tida como uma crise, vez que a estrutura partidária permitiria ao cidadão comum ascender ao poder defendendo interesses de classe convergentes passando a deter importância as figuras do ativista e do militante<sup>2</sup>.

Os programas partidários assumem então um papel central na estrutura do parlamento, e não podem ser abandonadas nos momentos de deliberação por uma postura solipsista do representante, o que acarreta dificuldades à formação dos consensos nos processos deliberativos já que o protagonismo é do partido, que já detém um posicionamento prévio sobre o tema posto em discussão. Conforme Kautsky<sup>3</sup>, o candidato não é um homem livre, mas um delegado do partido, o que permite um controle<sup>4</sup> da fidelidade do representantes aos projetos partidários ao mesmo tempo que mantém a dependência da agremiação fora dos períodos eleitorais<sup>5</sup>. Isto não significa ausência de debate, mas um deslocamento deste para a arena interna da agremiação.

Com a democracia de partido surgem também a oposição e a liderança partidária. Se os posicionamentos políticos se centram nas agremiações, a formação da vontade majoritária decorrente da formação de maiorias partidárias (a coalizão) que encontram resistência em outras facções, o que acaba por refletir os interesses sociais em luta. A possibilidade frequente do confronto, ou sua minimização, se dá com estratégias de coalizão; ou uma flexibilização dos posicionamentos partidários. Assim o partido subliminarmente declara que não poderá realizar todos os seus projetos, já que podem abrir

---

<sup>2</sup> MANIN, Bernard. **The principles of representativa government**. New York: Cambridge University Press, 1997.

<sup>3</sup> KAUTSKY, Karl. **Parlementarisme et socialisme**. Paris: G. Jacques, 1900, p. 67.

<sup>4</sup> Hans Kelsen, por exemplo, pretendia estabelecer mecanismos de controle do partido sobre seus deputados, que deveriam renunciar ao mandato caso contrariassem as posições definidas pelo partido.

<sup>5</sup> MANIN, Bernard. **The principles of representativa government**. New York: Cambridge University Press, 1997.

mão de alguns. Ou então não apoia determinados projetos ou iniciativas (ainda positivas e tecnicamente viáveis) por surgirem dos grupos de oposição. Estas estratégias, de negociação com outras agremiações, que refletem muita vezes interesses sociais opostos<sup>6</sup>, são definidas pelos partidos e seus líderes. Este novo papel dos partidos políticos e o estabelecimento de plataformas políticas, que suplantava o modelo antecedente. Se esta nova lógica sinalizou um problema para representação liberal, não contudo o fim do governo representativo.

Os sinais da crise hoje, são diferentes: a abstenção eleitoral; o esvaziamento dos partidos políticos; a presença de lideranças pessoais e plebiscitárias e a desconfiança do cidadão na classe política e nas instituições. Mas estes sinais talvez não sejam uma crise de representatividade, mas a crise de um modelo específico de governo representativo: a democracia de partido. A partir da década de 70 os resultados eleitorais variam drasticamente de uma eleição para outra, sendo os eleitores influenciados pelas pesquisas eleitorais, o que denota que não há mais, em sentido forte, uma vinculação dos eleitores com um dado projeto de uma dada organização partidária.

Ao contrário a adesão do eleitor a um determinado candidato se dá em razão de suas qualidades pessoais (o honesto, o trabalhador, o administrador, etc.) do que sua vinculação à estrutura do partido, o que se dá em razão da comunicação que agora se faz direta por meio da mídia, dispensando-se a mediação pelo partido. De outro lado, o partido ressalta as qualidades pessoais do candidato, em detrimento do estabelecimento dos programas a serem implementados em troca do líder que resolverá os problemas futuros, em razão da eventualidade do governo ter de enfrentar situações imprevistas, de crise, o que também explica a proeminência do poder executivo em relação ao legislativo. Há, em alguma medida, um retorno de pêndulo, já que para o eleitor a confiança pessoal que o candidato inspira volta a ser um critério de escolha mais adequado do que o exame dos projetos para o futuro<sup>7</sup>.

A opinião pública é flutuante, formada a partir de canais de comunicação pretensamente neutros (apartidários) e pelos institutos de pesquisa, sendo curioso que as pautas (políticas) passam a ser formadas fora das agremiações ou mesmo das arenas de deliberação, que respondem reativamente aos meios de comunicação de massa. Certamente há uma dificuldade em saber como a demanda política se formou ou os quais os grupos de

---

<sup>6</sup> Esta é a própria noção de neocorporativismo.

<sup>7</sup> MANIN, Bernard. **The principles of representative government**. New York: Cambridge University Press, 1997.

interesse são prevalentes no momento (quem pauta o debate político; o descrédito nos partidos políticos, a aparente fluidez (ou abandono) de suas plataformas, faz com que se perca de vista, lado outro, a própria identidade ideológica da agremiação, que passa não mais a propor um projeto político, mas a responder aos acontecimentos políticos, econômicos e sociais conforme o clamor do momento. De qualquer modo, os mesmos elementos que caracterizaram o governo representativo (do povo, pelo povo) permanecem, em certa medida, os mesmos havendo, contudo, a necessidade de uma ressignificação.

A partir de outro prisma, a dificuldade das convergências políticas no atual sistema político deve-se em grande medida a uma pluralidade de pleitos e reivindicações que podem suscitar um sistema democrático: um aumento irresistível de demandas que pressionam os governos e que muitas vezes não encontram espaço perante as agremiações que disputam os espaços político-institucionais num dado momento. Isto leva à uma conclusão, quase que inevitável, de que certos grupos sociais não são (e não serão) plenamente representados, até porque as estruturas institucionais são incapazes de atender todas as diversas demandas, nos termos pretendidos, de uma sociedade cada vez mais plural e complexa.

Mas o argumento falacioso é que este não atendimento de demandas significa uma omissão injustificável dos parlamentos, e que estes não são confiáveis ou atuam de modo espúrio, construindo-se assim um um espaço privilegiado de onde se atacar os espaços majoritário; como exemplo pode ser citada pesquisa divulgada pela Organização Não Governamental Transparência Internacional, que revela que 81% dos brasileiros acreditam que partidos políticos são “corruptos ou muito corruptos”, aparecendo o O Congresso Nacional aparece em seguida entre as instituições mais desacreditadas pela população, com 72%<sup>8</sup>.

## **II. A INDIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO: PROTAGONISMO JUDICIAL E O CONTEÚDO POLÍTICO DA JURISDIÇÃO**

Se de um lado é há uma inegável má-fama do legislar, de outro lado, a jurisdição vem se afirmando como um *locus* idealizado de uma representação de maior qualidade do

---

<sup>8</sup>BRUNO, Cássio. Para 81% dos brasileiros partidos são corruptos ou muito corruptos. **O Globo**. disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/para-81-dos-brasileiros-partidos-sao-corruptos-ou-muito-corruptos-8968258>. Acesso em 14.04.2015.

povo; tornando-se uma “trincheira estratégica” de onde atacar o Poder Legislativo<sup>9</sup>. A representação funcional<sup>10</sup>, se assenta onde os juízes podem se erguer acima das intenções do populacho, com o adequado distanciamento das condições de vida comum, sozinhos ou cercados de um pequeno círculo de pessoas de igual distinção com quem podem cultivar relações eruditamente mais elevadas, num ambiente virtuoso.<sup>11</sup>

Tal visão é reproduzida nos meios de comunicação<sup>12</sup> ou justificada pela academia, onde o protagonismo judicial é visto como uma “consequência de um problema mais grave: a crise das instituições de nosso país.”<sup>13</sup> uma “técnica compensatória das deficiências de outras funções estatais (Executivo e Legislativo) em face da sua propaganda ineficiência e obscurece a crise institucional destas funções.”<sup>14</sup> Assim, os tribunais são chamados a se pronunciar sobre o funcionamento do Legislativo e do Executivo, onde se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.<sup>15</sup> O protagonismo da jurisdição, nestas visões, decorre de um *déficit* de representação política.

Mas esta tese não se comprova em termos empíricos. Para Thamy Pogrebinski, a crise parte de um imaginário que não se comprova por, pelo menos dois fatores: a não ha a comprovação de vácuos legislativos que justificam uma tomada de posição da jurisdição em razão (1) de uma intensa produção legislativa em momentos anteriores ou posteriores às manifestações do Supremo Tribunal em sede de controle de constitucionalidade e (2) de um

---

<sup>9</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.

<sup>10</sup> VIANNA, Luiz Jorge Werneck et al. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

<sup>11</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

<sup>12</sup> onde a legislação, “ao invés de contribuir para a aplicação do Direito, boa parte dessa produção só serviu para agravar os problemas da máquina judiciária [...] sendo que a maioria das leis é considerada inconstitucional e acaba ocupando ainda mais os tribunais com a rotina de descartá-las DUARTE, Alessandra; OTAVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. **Jornal O Globo**, 18 jun. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>13</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 34.

<sup>14</sup> BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Crise da democracia representativa: infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 100, jul./dez. 2009, p. 63.

<sup>15</sup> CASTRO, Marcus Faro. Política e economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. **Caderno de Ciência Política da UNB**, n. 7, 1993.

baixíssimo o percentual de leis declaradas inconstitucionais, o que evidencia que a produção legislativa, em sua grande maioria, não é de baixa qualidade<sup>16</sup>.

O problema é que mesmo não se comprovando em termos empíricos a propalada crise de representatividade percebe-se a inserção de discursos de política na decisão e a assunção, pela jurisdição, de tarefas e demandas que a princípio não seriam de sua responsabilidade<sup>17</sup> o que torna presente o risco do envolvimento dos juízes na luta política com a diluição dos limites sistêmicos entre direito e política. Com efeito, para a rigorosa teoria Luhmanniana, o direito e política são sistemas distintos; um como meio ambiente do outro.

O primeiro como sistema que reproduz o código legal/ilegal para o estabelecimento de expectativas de comportamento<sup>18</sup>. O segundo como o processo democrático da política tem que incluir mecanismos que possibilitem supor que os atingidos pelas decisões as assimilem, ou seja, que eles incorporem as decisões como premissas do seu comportamento subsequente<sup>19</sup>. Diz respeito aos mecanismos que estabelecem no âmbito democrático a construção das opções políticas da comunidade, que são legitimadas pela aceitação de condutas generalizadas. O código diferenciador da política, portanto, é o poder<sup>20</sup>. Tal como afirma André Trindade o detentor do poder é o indivíduo que, em decorrência de seu poder, pode tomar as decisões sobre as mais variadas possibilidades

---

<sup>16</sup> A constatação parte da análise das decisões do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade (por ação ou omissão), arguições de descumprimento de preceito fundamental e ações declaratórias de constitucionalidade propostas em face de leis e atos normativos emanados pelo Congresso Nacional durante o período compreendido entre 1988 e 2009, em comparação com todas as proposições legislativas que tiveram trâmite no Congresso Nacional durante o mesmo período e com o mesmo objeto das ações estudadas julgadas procedentes, ainda que, em parte, se constatou, entre outras coisas, que (1) o STF invalidou menos de 0,02% das 12.749 normas promulgadas no período, apreciando o mérito de apenas 129 ações que desafiavam normas do Congresso Nacional; (2) que havia uma média de 11,75 projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o mesmo assunto específico; (3) que a cada pedido julgado procedente, ainda que em parte, havia em média 2,60 normas vigentes que tratavam do mesmo tema apreciado pelo Judiciário; ou então (4) uma média de 6,85 projetos de lei supervenientes sobre a mesma matéria; e que (5) a resposta do Legislativo, com a apresentação de projetos de lei se dava, em média, 16 meses após a decisão judicial. Tais dados, inegavelmente, não indicam uma crise de representatividade ou mesmo que o Judiciário é chamado para resolver os problemas decorrentes de uma atuação ruim do Poder Legislativo.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 174-181.

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 64.

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 64.

<sup>20</sup> ARNAUD, André-jean; LOPES JR. Dalmir (Orgs.) Niklas Luhmann: **do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 89.

Deste modo é possível se perceber os problema decorrentes da diluição de limites quando o órgão decisor passa a tomar as decisões que entende que seriam as melhores para a comunidade política, desnaturando o código de linguagem que mantém o direito em sua circularidade sistêmica. É o que Habermas denomina de “superpolitização”, que esconde o perigo de uma confusão que se instaura, quando o formalismo do direito, após ser amolecido pelos cálculos de poder ou de proveito, é finalmente absorvido por eles<sup>21</sup>.

Importa notar, contudo que é inócua a pretensão de se retirar uma carga de politização na decisão e os efeitos políticos destas decisões. Mas ainda assim os campos devem continuar delimitados. Primeiro porque a efetividade da Constituição não pode justificar uma total judicialização da política. Se for tarefa da política adaptar a ordem social a exigências variáveis, ela necessita então de uma área de atuação que a Constituição pode delimitar de maneira diferenciada, mas não suprimir totalmente, até porque a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Mas a política totalmente cooptada pela jurisdição estaria desprovida de seu caráter dialógico, reduzida à administração<sup>22</sup>.

A regulamentação da política pelo direito constitucional também se encontra limitada em seu alcance de modo que a Constituição pode dar as condições para as decisões políticas, mas não poderá normatizar antecipadamente o insumo para o processo decisório. Convicções, interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes.<sup>23</sup> Assim, ainda que a política permeie o chão da revisão constitucional, a jurisdição não poderá se valer de critérios políticos como argumentos de justificação de suas próprias decisões<sup>24</sup>. Cumpre aos juízes decidir a partir de argumento de direito (por meio dos princípios e regras) e não por argumentos de política. Esta é uma distinção fundamental para o escopo deste trabalho.

Para Dworkin, os argumentos de política são os argumentos baseados na orientação às políticas públicas do governo, aptas a estabelecerem objetivos coletivos, conectadas a um

---

<sup>21</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 226.

<sup>22</sup> GRIMM, D. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10-211.

<sup>23</sup> GRIMM, D. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10-211.

<sup>24</sup> BALESTERO, Gabriela. A Autopoiese da Política e do Direito em Luhmann e o Papel do Julgador. **Revista de Ciências Jurídicas - UNOPAR**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-56, Set. 2010

caráter distributivo voltado à comunidade como um todo. Há deste modo um problema de legitimidade democrática da decisão jurídica quando se vale destes tipos de argumentos (*policies*), por duas razões: a primeira é o fato de não serem os juízes eleitos como representantes políticos do povo e nem estar submetidos à opinião pública ou às negociações políticas de compromissos partidários. A segunda está no fato de que a decisão jurídica não pode decidir os direitos das pessoas segundo as opções políticas do governo atual, já que o judiciário deve ser responsável também pelos direitos das minorias políticas, independentemente das trocas de governo a cada eleição<sup>25</sup>.

É por esta razão que se assume que a decisão judicial deve se dar a partir de argumentos de princípio, que são os argumentos baseados em convicções morais da comunidade e identificáveis a partir do projeto constitucional estabelecido. Compreende-se assim o porque de toda a decisão jurídica ser também política, mas não no sentido de substituir o governo ou legislador. É política no sentido de ultrapassar o texto escrito das leis para encontrar em princípios da moral política a interpretação adequada e justificada da resposta do direito para os casos<sup>26</sup>. Não se trata, portanto, de uma decisão a partir de consequencialismos: se a decisão vai estabelecer um melhor padrão econômico, político ou social que eventualmente venha a desejar a comunidade. É um padrão que deve ser assegurado por ser uma exigência de justiça; equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>27</sup>.

### **III. A COMPREENSÃO DE FENÔMENOS DISTINTOS: ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES POLÍTICAS E O ATIVISMO JUDICIAL**

Se, como visto, não é, portanto a *crise de representatividade* algo concreto apto justificar o protagonismo judicial, o que seria então? A resposta reside na necessária distinção entre dois fenômenos diferentes: a possibilidade de se judicializar uma questão da comunidade da análise se cumpre ao tribunal concretizar a pretensão.

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978, p. 83-85.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978, p. 280.

<sup>27</sup> STRECK, Lenio. **Conjur**. 06 ago. 2015 <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em 06.06.2016.

A judicialização da política decorre de dois elementos principais. O primeiro da possibilidade de se invocar a prestação jurisdicional sempre que houver uma lesão ou ameaça de lesão a direitos conforme art. 5º, XXXV da Constituição da República. Deste modo, as mais várias questões sobre a direitos fundamentais sociais, políticos e econômicos podem ser levadas ao Poder Judiciário, o que se dá pelos mais diversos fatores, tais como: uma maior conscientização dos direitos por amplos segmentos da população; o incremento da atuação institucional do Ministério Público; a presença crescente da Defensoria Pública; o modelo de controle de constitucionalidade, etc. A questão é, portanto, contingencial e decorre mais de fatores sociais e políticos sobre os quais o Judiciário não tem qualquer controle. O outro elemento decorre de um imaginário: de que o tribunal estaria apto a exercer também um papel de representação do povo.

Como advertiu Friedrich Müller, “direito constitucional é o direito político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o decisionismo”<sup>28</sup> Se o direito constitucional está vinculado à política, a política não está à disposição daqueles que decidem no âmbito jurisdicional. Com efeito, é preciso notar que a Justiça Constitucional assume lugar absolutamente diferenciado daquele que tinha nos modelos do Estado Liberal e Social de Direito, situando-se numa terceira fase do constitucionalismo. Desse modo, *Auslegung* passaria a ser *Sinngebung*. Isso não quer significar, obviamente, que o Judiciário doravante se tornará um “legislador positivo”, dado que a prerrogativa hermenêutica instaurada não o coloca acima da própria Constituição; mas permite, com o abandono da noção de mero legislador negativo, que outras possibilidades surjam para a adequação constitucional que não só declaração de nulidade do texto, que poderia, em certas situações, trazer mais problemas além daqueles que precisam ser solucionados. Também não se quer com isso afirmar que o Judiciário não cria o Direito.

É evidente que não poderá o intérprete construir um novo texto; ou algo que não guarda a mínima correspondência dos sentidos que podem ser extraídos da relação entre Constituição e legislação infraconstitucional. A Constituição é o limite interpretativo que se interpõe, inclusive, contra o desejo de maiorias eventuais, naquilo que se denomina de vedação ao retrocesso social, não sendo, portanto, desejável que sua leitura venha a se curvar com

---

<sup>28</sup> MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Orgs.). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. xi.

intenções ocorridas no campo majoritário e que pretendam exatamente minar a efetividade de suas normas. o problema reside na equação *previsibilidade x flexibilidade*, que se resolve na proposta do “direito como integridade”<sup>29</sup>, concepção que valoriza a coerência entre as decisões jurídicas e as pretensões juridicamente asseguradas por decisões políticas do passado, o que não pressupõe que o Judiciário venha a se converter numa instância política.

#### **IV. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E AS RESPOSTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Se detém a jurisdição um papel importe na construção dos sentidos e dos significados da Constituição, a construção de uma racionalidade jurisdicional não pode partir de graus zeros de interpretação e nem desconsiderar os papéis institucionais dos demais atores, já que uma atribuição de sentido ou mesmo o desfazimento do produto da vontade majoritária pelas Cortes constitucionais sempre terá inevitavelmente um caráter político imanente, que não admite, contudo, um desbordamento dos limites conteudísticos para além da guarda da democracia.

A partir deste deste enquadramento teórico é possível agora verificar, a partir de alguns casos emblemáticos, como vem sendo construída a racionalidade da jurisdição constitucional no Brasil, na perspectiva da integridade e coerência para se analisar como as questões sobre relevantes temas para a comunidade política vem sendo tratadas pelo Supremo Tribunal Federal e se este tribunal adota ou não um protagonismo como órgão de representação levando-se em conta: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos por critérios menos rígidos do que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.

##### **a) A Cláusula de Barreira (ADIs nºs 1.351 e 1.354)**

Por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8, foram questionados dispositivos da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995); em especial seu art.

---

<sup>29</sup> Tal como se retira da doutrina de Ronald Dworkin.

13 que estabelecia para os partidos políticos uma cláusula de barreira ou *performance*, em cada eleição, sob pena perda de acesso ao fundo partidário, prejuízos em horários de rádio e tv, dentre outros. Entendeu o Supremo Tribunal as agremiações tem fundamental importância para a formação da vontade política e na mediação entre o povo e Estado, o que transcende os períodos eleitorais, com implicações para os candidatos eleito, que não poderiam, salvo relevante motivo, desvincular-se dos vínculos partidários estabelecidos.

A cláusula de barreira representaria um óbice ao processo democrático já que retiraria do eleitor a possibilidade de dizer quais grupos políticos seriam majoritários ou minoritários nos pleitos, além do fato de que a legislação infraconstitucional não poderia estabelecer uma restrição ao livre funcionamento partidário. A decisão revela que não pretendeu o tribunal se substituir às instâncias majoritárias, concebendo a democracia como a possibilidade das maiorias políticas se tornarem minoritárias ou o contrário; sempre a partir da vontade do eleitor, por meio dos canais comunicativos amplos entre sociedade e Estado impulsionando a ideia de judicialização como representação. Afirmou-se como instância de fortalecimento da representação política, reafirmando os direitos de comunhão e participação como cruciais para a formação da vontade democrática, e não só sob o ponto de vista do conteúdo.

#### **b) Demarcação de Terras Indígenas (Petição nº 3.388)**

O caso concerne ao processo de demarcação da área onde atualmente vivem cerca de 19.000 índios das etnias Macuxi, Wapixana, Ingarikó, Taurepang e Patamona, iniciado na década de 1970 e concluída em 1998 por meio das Portaria nº 820/1998 depois substituída pela Portaria 534/2005 que assentou o modelo de demarcação contínua atendendo-se a uma reivindicação históricas dos povos originários. Declarou-se como de posse permanente a terra indígena Raposa Serra do Sol, com uma área de aproximadamente 1.678.800 hectares. Desde então se agravaram os conflitos entre índios e agricultores não índios que ali haviam se instalado para a produção, principalmente, de arroz.

Em março de 2009 foi julgada a Ação Popular contra a União que impugnava o modelo contínuo de demarcação, a Portaria nº 543/2005 e tratava de vícios no processo administrativo de demarcação. A Corte Constitucional analisou o “estatuto jurídico da causa indígena” consignado nos arts. 231 e 232 da Constituição da República. Os direitos dos povos originários

seriam então “reconhecidos” e não “outorgados”, de maneira que a decisão seria uma declaração de uma situação preexistente. Desse modo, postos em conflito os interesses dos índios e dos não índios, pesaria em favor dos primeiros uma proteção jurídica diferenciada. Na mesma medida, não poderiam ser opostos os interesses dos Estados-membros (no caso o de Roraima), já que seu surgimento também estava condicionado à preexistência de direitos de ocupação das terras indígenas.

Nesse panorama, fixou-se que a União protegeu de maneira adequada os interesses dos povos originários. Todavia o tribunal acabou por estabelecer um regime jurídico para as terras indígenas em geral, com 19 condicionantes, sendo que vários deles sequer foram objeto de prévio debate entre as partes. A normatividade extraída do acórdão seria, a rigor, da competência das instâncias majoritárias, vez que se trata o que seriam as (melhores) opções (políticas) para a comunidade. A responsabilidade política da decisão expandiu-se para a decisão por argumentos de política, até porque não se extrai da decisão uma exortação ao legislador para que viesse a regulamentar de maneira mais adequada a demarcação das terras indígenas. A decisão foi, neste passo ativista, com uma atribuição do sentido como um ato de vontade, com a substituição da legislação pela jurisdição.

### **O Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo (ADPF nº 132 e ADI nº 4.277)**

O tema da união homoafetiva foi levado ao Supremo Tribunal Federal por duas ações, ambas julgadas em maio de 2011: uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 132) interposta pelo estado do Rio de Janeiro e a segunda ação foi uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (nº 4.277) movida pela Procuradoria-Geral da República. As ações propostas se sustentaram num conjunto de princípios constitucionais (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica) que ensejariam uma outra leitura, a partir da Constituição, das regras do Direito Civil.

Desse modo, as uniões homoafetivas seriam uma espécie do gênero das uniões estáveis, previstas no § 3º do art. 223 da texto constitucional. O STF, por votação unânime, julgou procedentes as ações, dando à decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, interpretando o disposto no art. 1.723 do

Código Civil conforme a Constituição. Neste caso houve uma tomada de posição (política) do tribunal, que ultrapassou os limites semânticos do texto do citado dispositivo constitucional.

Retirando-se do prisma moral a correção da decisão, esta acabou por reconstruir o texto do aludido dispositivo constitucional, não se podendo afirmar que tenha havido uma mutação constitucional: a uma porque não é fidedigno afirmar que houve uma mudança do senso comum da sociedade brasileira com relação à questão, como se o legislador tivesse manifestado um sentimento conservador, diferente do de então (e as afirmações em contrário não se sustentam em dados e pesquisas a respeito, não sendo de se descartar que eventual consulta popular<sup>30</sup> resulte num posicionamento contrário. E também pelo fato desta temática ter sido objeto de deliberação na Assembléia Constituinte, o que leva a concluir que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto.

A segunda razão é que só é cabível a mutação quando o texto permite. E não é possível no âmbito de uma Constituição rígida a reconstrução do sentido do texto que assevera que a união se dará “entre o homem e a mulher”, para daí se extrair uma solução diferente e não querida pelo constituinte. Ainda que sejam os princípios deontológicos, a desconsideração do próprio texto como enunciado (e que impõe limites semânticos), acaba por significar a incorporação de uma decisão por argumentos de política e não de princípios. O reconhecimento da união homoafetiva deveria ter vindo por Emenda Constitucional, portanto.

A decisão insere um problema nas delimitações sistêmicas entre direito e política e implica num risco para as condições discursivas e para a função representativa, já que, consoante se retira do citado § 3º do art. 223 do texto constitucional deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento, o que acabou sendo institucionalizado no País por resolução do Conselho Nacional de Justiça, ao proibir as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Esta decisão foi de certo modo retirada das instâncias majoritárias e atribuída a um órgão administrativo.

---

<sup>30</sup> O argumento serve para demonstrar que eventualmente poderia a maioria dos cidadãos brasileiros ser contra a união homoafetiva, registrando-se que a matéria não poderia ser submetida à consulta popular porque neste caso não é determinante o que a maioria pensa, pois se está diante de direito da minoria.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar relação entre crise de representatividade e a (difícil) relação entre legislação e jurisdição, chegando-se às seguintes conclusões:

1. A crise de representatividade não é um argumento válido a justificar uma tomada de posição pela jurisdição;
2. A interação entre Direito, política e Judiciário, no contexto brasileiro, decorre da própria expansão do texto constitucional, com a configuração de mais direitos e o aumento da dimensão hermenêutica. Se de um lado questões de grande repercussão política ou social podem ser levadas ao Poder Judiciário isto não significa que o mesmo esteja apto a concretizá-las;
3. O ativismo judicial, é problema essencialmente jurídico, hermenêutico, que se resolve a partir do “direito como integridade”, o que assegura que o Judiciário não se converta numa instância política, sendo o direito uma questão de princípio e não uma questão de política;
4. Finalmente, a atuação do Supremo Tribunal Federal não reflete a distinção entre argumentos de princípio e de política, contribuindo para a diluição entre os limites sistêmicos entre direito e política.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Crise da democracia representativa: infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 100, jul./dez. 2009.

BALESTERO, Gabriela. A Autopoiese da Política e do Direito em Luhmann e o Papel do Julgador. **Revista de Ciências Jurídicas - UNOPAR**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-56, Set. 2010

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRUNO, Cássio. Para 81% dos brasileiros partidos são corruptos ou muito corruptos. **O Globo**. disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/para-81-dos-brasileiros-partidos-sao-corruptos-ou-muito-corruptos-8968258>. Acesso em 14.04.2015

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 8, n. 30, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Marcus Faro. Política e economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. **Caderno de Ciência Política da UNB**, n. 7, 1993.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 11, n. 34, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins, 2001.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010,

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRIFFIN, Stephen M. Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRIMM, D. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10-211.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. São Paulo: Forense, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KAUTSKY, Karl. **Parlementarisme et socialisme**. Paris: G. Jacques, 1900

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [Reine rechtslehre]. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985

MANIN, Bernard. **The principles of representative government**. New York: Cambridge University Press, 1997

MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Orgs.). **Teorias da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. A teoria do direito e da Constituição: entre o procedimentalismo e o substancialismo. **Quaestio Iuris**, v. 5, p. 1-36, 2007.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constituição dirigente. In: QUARESMA, Regina et al. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Morte e vida da constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio. **Juris Poiesis**, ano 13, n. 13, p. 210-215, jan./dez. 2010.

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

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. Interpretação e decisão jurídica em Ronald Dworkin. In: Seminário da Disciplina Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica, do Programa de Mestrado da FDSM, 5., 2010. **Anais...** Pouso Alegre: FDSM, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. Tese (Doutorado) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas. **Conjur**, 7 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 5 out. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Fux erra ao definir presunção de inocência. **Os Constitucionalistas**, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/fux-erra-ao-definir-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 25 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Conjur**. 06 ago. 2015 <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em 06.06.2016.

SUNSTEIN, Cass. **Constitution of many minds**. New Jersey: Princeton University, 2009.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: University Press Books, 1995.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck et al. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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