VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Ranieri Lima Resende

Estado e instituições: VI congresso internacional constitucionalismo e democracia: o novo constitucionalismo latino-americano

1ª edição
Santa Catarina
2017

CONPEDI

VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema "Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas", realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceira na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

A TEORIA DIALÓGICA DE ROBERTO GARGARELLA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

THE DIALOGICAL THEORY OF ROBERTO GARGARELLA AND THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN BRAZIL

Sarah Francieli Mello Weimer [1]
Pedro Acosta de Oliveira [2]

Resumo

O presente trabalho atenta para os intensos debates quanto aos limites e competências do poder judiciário em face da constante permeabilidade no campo da política. Nesta senda, o protagonismo jurídico apresenta-se como a corporificação do fenômeno denominado judicialização da política, o qual tanto a sociologia jurídica quanto a ciência política têm se ocupado intensamente de examinar, especialmente no final do século XX. Assim, este artigo buscou identificar as vantagens e desvantagens do protagonismo judiciário no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desse modo, constatado os possíveis prejuízos da supremacia do poder judiciário, em face do princípio da tripartição do poder e a fragilização da democracia, identificou-se na teoria dialógica, especialmente na obra de Roberto Gargarella, uma alternativa para o estabelecimento de estruturas políticas colaborativas, que possam sustentar a ainda jovem democracia brasileira.

Palavras-chave: Judicialização da política, Democracia, Gargarella

Abstract/Resumen/Résumé

The present article brigs the intense debate about the limit boundries and competence of the Judiciary in opposite to the constant permeability of the political field. The leading legal role has been presented as the phenomenon called judicialization of politics, in which the sociology and the political scince has been significantly occupied examine, speacilly since the end of the XX century. Thus, this article sought to identify the pros and cons of the leading role played by the judiciary in Brazil after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. Therefore, determining the possible damages of the supremacy os the judiciary branch in opposite of the principle of the separation of power and the democracy embrittlement, was indentified in the dialogical theory, especialy in Roberto Gargarella`s work, a alternative to the establishment of cooperative political structures, that can sustain the still younger brazillian democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization of politics, Democracy, Gargarella

---

[1] Mestranda em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

[2] Granduando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público

INTRODUÇÃO

Após o término da Segunda Guerra Mundial, em diversos países ocidentais, houve a consolidação do Estado Constitucional de Direito, sob influência da Lei Fundamental de Bohn, a Carta Constitucional da Alemanha Ocidental de 1949, que estabelecia diretrizes para que se alcançasse uma sociedade civil democrática e plural, diametralmente oposta ao passado recente de violações aos direitos humanos. Esse constitucionalismo programático inspirou outros países que passavam por uma transição política para a democracia, como foi o caso do Brasil, com um arranjo político-estatal que apresentam Constituições que disciplinam a maneira de produção das leis e atos normativos, bem como impondo limites à atuação do Estado. Assim, em face da elevação do papel normativo da Constituição, observou-se acentuada expansão do Poder Judiciário, especialmente com a intensificação das atividades jurídicas sobre as muitas esferas do Estado, especialmente sobre as relações sociais e da política, nas quais o judiciário passa a resolver questões tradicionalmente deliberadas nas instâncias representativas, recebeu o nome de *judicialização da política*.

No Brasil, portanto, a origem do protagonismo judiciário coincide com a implementação da Constituição de 1988, que a partir do modelo de constitucionalização de direitos, com forte influência do *judicial review*[1]americano, permitiu a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário, provavelmente por um receio em relação aos poderes executivo e legislativo, optando por uma estrutura política que veio a favorecer o desequilíbrio no espaço de atuação dos outros dois Poderes, seja invalidando ações tomadas pelo executivo, seja agindo sob o argumento de retraimento do Legislativo, por exemplo.

Todavia, tem-se que a judicialização não é um tema que perpassa isoladamente a realidade brasileira, sendo objeto de estudo do advogado constitucionalista e sociólogo argentino Roberto Gargarella (1996; 2014a). Este autor, ao diagnosticar os prejuízos democráticos da suplantação dos outros poderes frente à Supremacia do Judiciário, elaborou a

[1] A revisão judicial das leis e dos atos do Executivo tendo como parâmetro o texto constitucional (judicial review), foi consolidada, no cenário norte-americano, pelo caso Marbury v. Madison , julgado em 1803 pela Suprema Corte Federal (Marbury v. Madison 5 U.S. 137). Esse é um controle exercido de forma difusa, isto é, tem competência para se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo todos os órgãos investidos de jurisdição. Para uma análise histórica sobre o desenvolvimento do judicial review nos Estados Unidos, cf. NELSON, William. Marbury v. Madison: the origins and the legacy of judicial review. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 2000.

uma teoria dialógica[2], que compreende a reestruturação política, bem como a atuação dialogada entre os poderes legislativo e judiciário. Para tanto, esse preceito nos ensina que as questões constitucionais fundamentais devem ser resolvidas por meio de uma longa conversação, persistente no tempo, e que deve envolver tanto os três poderes Judiciário, Executivo, Legislativo, quanto à própria sociedade.

Este ensaio, portanto, busca delinear a genealogia do modelo de atuação jurisdicional brasileiro, resgatando o período de transição política, caracterizado pelo fim da ditadura civil-militar, bem como pela reabertura política do país, fomentando, assim, a ação de instituições judiciais na rotina da democracia nacional. Ademais, com o emprego da metodologia de análise da literatura recente, visando comparar diversos pontos de vista a fim de compreender melhor essa ocorrência, o presente trabalho dispõe-se a analisar a viabilidade da teoria dialógica no contexto brasileiro, detectando as transformações necessárias para o equilibro dos poderes, considerando as vantagens e desvantagens, especialmente quanto à judicialização da política, para o desenvolvimento e consolidação da democracia no País.

Nesse sentido, o trabalho é dividido em dois momentos. Na primeira, será feita uma análise das origens do protagonismo judiciário, contextualizando seu fortalecimento no período de transição política e, ao final, a caracterização e desenvolvimento da judicialização da política. No momento seguinte, serão brevemente apresentadas as teorias dialógicas com principal e especial enfoque na concepção desenvolvida por Roberto Gargarella, e, posteriormente, será apresentado um exame sobre as perspectivas de implementação dessa teoria no caso brasileiro. Ademais, serão apresentadas considerações com base nas teorias críticas da judicialização, sobre as consequências desse fenômeno para o direito e para a política, visando com isso examinar como ele repercute sobre as democracias em desenvolvimento.

1 PROTAGONISMO JUDICIÁRIO: genealogia do fenômeno

A partir de meados do século XX, o mundo vem experimentando a transferência de parte do poder político, dos assuntos originalmente políticos, para os tribunais. Na Europa, após Segunda Guerra Mundial, a reação democrática em favor da tutela de direitos como mecanismo preventivo das práticas de regimes totalitários, que figuravam em seu passado

[2] Esta teoria visa a participação das cortes, dos órgãos legislativos e da sociedade civil em um diálogo sobre princípios e políticas públicas. Desse modo, busca-se uma aproximação entre o discurso jurídico e o discurso político dentro de uma perspectiva de "conversas" entre cortes e legislativo no que concerne ao significado dos direitos constitucionais.

recente, foi determinante para a consagração da democracia e à constitucionalização de direitos, conforme Verbicaro (2011, p. 32). A ascensão dos Tribunais na América Latina é observada a partir dos processos constituintes, bem como da reforma constitucional instaurados no região ao final dos anos de 1980 e início do século XXI, fase marcada pelo fim dos regimes autoritários instaurados em diversos países da América Latina e pela transição para regimes democraticamente estabelecidos.

Assim, importa destacar que o Estado Constitucional passou por diversas alterações até a sua configuração como Estado Democrático de Direito, modificando-se, também, em distintos momentos, a concepção de Constituição (MACHADO, 2011, p. 85), até que fosse reconhecida como norma jurídica, com caráter imperativo e cujos comandos podem ser protegidos judicialmente no caso de serem desrespeitados.

Desse modo, a Lei Fundamental de Bohn estabeleceu diretrizes para que se alcançasse uma sociedade civil democrática e plural, diametralmente oposta ao passado recente de violações aos direitos humanos, influenciando a estruturação de diversas Constituições de outros países que também passavam por uma transição política para a democracia, como foi o caso do Brasil.

No caso brasileiro, a Carta Constitucional de 1988 é classificada como extensa em virtude do grande número de dispositivos legais, contando com mais de duzentos artigos. Ainda, destaca-se seu caráter analítico bem demonstrado no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), não se limitando a trazer em seu texto um grande número de matérias, mas também pelo fato de apresentar um alto grau de detalhamento, conforme Sarmento (2010, p. 102). Nesse ponto, o caráter analítico do Texto justifica-se pela falta de confiança no legislador infraconstitucional, por parte do Constituinte, evidenciando o interesse de salvaguardar todas as conquistas e reivindicações conquistadas (SARLET, 2009, p. 65). Há, ainda, a característica pluralista, em função da grande gama de direitos sociais que foram reconhecidos, ao lado de clássicos, como direito a liberdade, e direitos políticos. Em consonância com a tendência internacional inaugurada pela Alemanha, a Constituição Cidadã concentra também características programáticas e dirigentes, trazendo uma série de diretrizes, imposições e programas a serem seguidos e implementados pelos poderes públicos, e pelos legisladores infraconstitucionais.

Nesse ponto, imperioso elucidar que a noção de divisão no texto das constituições em duas principais partes está presente desde as primeiras teorizações a respeito do fenômeno constitucional. Com o desenvolvimento das constituições escritas, essa noção se torna proeminente no debate da teoria constitucional a respeito da função da constituição. A

constituição, portanto, passa a ser entendida como ferramenta pelo qual se reconhecem direitos e garantias individuais, de um lado, ao passo que, de outro, limita o exercício do poder, visando evitar arbitrariedades. *Grosso modo*, a constituição está separada em duas seções, uma dogmática e outra orgânica (GARGARELLA, 2014b). Esta se refere à disposição de direitos fundamentais, diretamente relacionados com as liberdades individuais, os direitos socioeconômicos e, ainda, os de caráter coletivo, transindividuais ou difusos. Àquela, por outro lado, diz respeito ao setor orgânico da Constituição, ou seja, ao arranjo institucional por meio do qual o poder será exercido, tais como a divisão das funções estatais, fixação de competências para cada uma das instituições estatais, bem como a elaboração do sistema de acesso a esses órgãos. Assim, tem-se que a vínculo entre ambas seções torna a segunda a propulsora do Texto Constitucional, de modo a facilitar ou dificultar a efetividade da carta de direitos, prevista na primeira parte.

Nesse contexto, também na América Latina, a adoção do constitucionalismo se dá com a implementação de regimes democráticos depois de longo período de governos ditatoriais assolarem o continente (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 60). Assim, para Tate e Vallinder (1995, p. 02), o judiciário forte surge, então, como uma garantia dos novos arranjos democráticos. Com a promulgação de Constituições rígidas, com um catálogo de direitos fundamentais supremos e resguardados contra as maiorias parlamentares, houve um acréscimo nas atividades do Poder Judiciário, culminando em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito, revelando a preponderância desse poder nas decisões políticas, e, inclusive colocando-o no centro do debate jurídico e político atual do Brasil, segundo Barboza e Kozicki (2012, p. 60).

Desse modo, tem-se que esta corrente de positivação dos direitos e das garantias fundamentais, assim como no restante do mundo, foi decisiva no fortalecimento das Cortes, ao passo que estabeleceu as condições para o surgimento e crescimento da judicialização, possibilitando que um maior número de demandas fosse postas perante o poder Judiciário.

1.1 TRANSIÇÃO POLÍTICA

Com o fim do regime ditatorial que assolou o País por vinte e um anos, o Brasil restaurou a ordem democrática com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assumindo, assim, um novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito. Nesta ocasião, o legislador constituinte, objetivando romper com o *status quo ante*, preocupado com o resgate de um constitucionalismo capaz de evitar

arbitrariedades como aquelas realizadas no passado, ampliou as atribuições do Poder Judiciário ao prever de forma ampla, no texto constitucional, os mais diversos direitos fundamentais, inclusive, aqueles garantidores de um regime democrático e da separação de poderes (GONÇALVES, 2014, p. 11).

Dessa forma, observa-se que a partir da transição política, verificou-se a ascensão de instituições judiciais, de seus procedimentos, ou seja, da expansão de sua agenda política na democracia brasileira, uma vez que o processo de redemocratização gerou imenso impacto no poder judiciário. Assim, Arantes dispõe que "de um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento" (ARANTES, 1999, p. 83). Ainda no entendimento do autor, a implementação de um Estado Democrático de Direito suscitou a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir sobre conflitos entre sociedade e governo e mesmo entre os poderes da República.

Verbicaro (2011, p. 45) aponta como consequência da nova estruturação do espaço público e do crescente controle normativo do Poder Judiciário, uma alteração no conjunto político-institucional, que culminou no avanço substancial do volume de demandas sobre o judiciário. Discorre ainda que o aumento quantitativo e qualitativo das demandas decorreu de uma série de fatores, como o término do período ditatorial e a redemocratização, culminando numa conflituosidade social.

Dessa forma, observa-se que a partir do processo de redemocratização, a atuação política do judiciário restou evidente, uma vez que a sociedade passou a reconhecer este poder como agente garantidor do rol de direitos fundamentais. Esse movimento da sociedade encontra respaldo no fato de que muitas garantias passaram a receber proteção jurídica a partir do Texto de 1988, e esse fenômeno ficou conhecido como constitucionalização dos direitos, em virtude da desconfiança do Constituinte na concretização destes direitos pelos demais poderes. Para Macaulay (2005, p. 149), faz-se necessário atentar que a reorganização do terceiro poder, proporcionada pela nova ordem constitucional, não foi o único ponto responsável pelo aumento da sua atuação, de modo isolado, mas também a realidade política vigente na época.

Com a constitucionalização dos direitos e a progressiva percepção por parte de vários grupos sociais de que o Poder Judiciário poderia servir como instrumento para a garantia de seus direitos, houve o redimensionamento da atuação desse poder, bem como a ampliação da repercussão de suas deliberações no plano político (TEUBNER, 1987, p. 07). Contudo, a matriz do "constitucionalismo de fusão", oriundo da aliança entre liberais e conservadores,

não se alterou na América Latina, desde o pacto firmado em meados do século XIX, de modo a agregar interesses liberais na parte dogmática e interesses conservadores na parte orgânica, ou seja, previsão de direitos e liberdades que garantissem a defesa da autonomia individual, ao passo que restringiam direitos políticos para a manutenção da exclusão das massas nos processos de tomada de decisão (GARGARELLA, 2014b).

A esse propósito, verifica-se a absoluta ausência de participação popular no funcionamento do Poder Judiciário, embora este detenha o poder de interpretar a Constituição, ou seja, dizer o direito. Assim, o Judiciário assume papel fundamental no direcionamento de pautas prioritárias para Estado, tanto no âmbito da economia, quanto no âmbito da política. Dessa forma, o protagonismo judiciário experienciado na contemporaneidade desdobrou-se no que denominamos de "ativismo judicial" e "judicialização da política": duas expressões em alta, tanto no campo das ciências políticas como no campo da sociologia judiciária. Embora o fenômeno da judicialização tenha muitos aspectos em comum com o ativismo, eles não devem ser confundidos. Para Barroso enquanto a judicialização (no contexto brasileiro) "é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [do Judiciário]", o ativismo "é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2009, p. 335).

Com efeito, no presente trabalho será usada a ideia de protagonismo judiciário com ênfase nas característica de judicialização da política.

1.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Tendo Tate e Vallinder como expoentes precursores da expressão *judicialização da política*, através da compilação de seus artigos, os autores identificam alguns pressupostos para a judicialização da política em um país, sendo eles: a) a existência de um sistema político democrático; b) a separação dos poderes; c) o exercício dos direitos políticos; d) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; e) o uso dos tribunais pela oposição; f) a inefetividade das instituições majoritárias; g) as percepções sobre as instituições políticas; h) e a delegação das instituições majoritárias, o que em maior ou menor grau, acabam por serem visualizados por aqui (TATE; VALLINDER, 1995, p. 27).

O fenômeno compreenderia utilizar-se dos métodos característicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos:

O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito), conforme Maciel e Koerner (2002, p. 114).

Dessa forma, o fenômeno da judicialização política costuma representar a expansão do poder dos juízes em face do poder de criação normativa (característico do Legislativo), passando a atuar em searas próprias da política, e que está orientado por métodos e técnicas decisórias.

Nas palavras de Verbicaro:

> tem-se que a judicialização da política é o fenômeno pelo qual questões políticas, deliberadas no âmbito do Legislativo ou Executivo, passam a ser decididas nas arenas judiciais a partir de argumentos jurídicos, ou na linguagem de Dworkin, a partir de argumentos de princípios. Com essa definição, delimita-se que a judicialização circunscreve-se tanto às políticas públicas, quanto ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais (VERBICARO, 2011, p. 76).

A autora sublinha também que o termo judicialização da política diferencia-se da expressão politização do judiciário, uma vez que este último consiste na introdução de elementos e argumentos políticos no interior do sistema e do discurso judicial, através da extensão da lógica político-partidária ao processo de tomada de decisão judicial.

Ao analisar a conjuntura brasileira, Werneck Vianna emprega o termo na descrição dos impactos da Constituição de 1988, que admitiu um maior protagonismo dos tribunais em razão da ampliação dos instrumentos de proteção judicial. Tais instrumentos teriam sido descobertos pelas minorias parlamentares, governos estaduais e associações civis e profissionais, tendo em vista as demandas por concretização de direitos fundamentais. Isso fez com que pessoas e grupos que, politicamente, possuiriam pouco poder pudessem atingir seus objetivos utilizando o poder do Judiciário com uma postura argumentativa (WERNECK VIANNA, 1999, p. 22).

Conforme o entendimento de Barroso (2008, p. 3-4), as principais causas que deram origem a este processo de judicialização da política no Brasil seriam: (i) a redemocratização do país, por trazer maior equilíbrio às forças políticas, por meio das garantias dadas à magistratura e expansão do Ministério Público, e, assim, possibilitando um enfrentamento mais equitativo junto aos demais poderes; (ii) a constitucionalização abrangente, tendência mundial que inseriu na Constituição brasileira matérias originalmente designadas ao campo

político; (iii) o modelo adotado pelo Brasil no controle de constitucionalidade, combinando o controle incidental e difuso (modelo americano) e o controle abstrato e concentrado (modelo austríaco), o primeiro por via incidental nos processos sob jurisdição ordinária e o segundo por via das ações constitucionais próprias.

Todavia, a contribuição que o Judiciário pode prestar na implementação de direitos fundamentais que exijam prestações positivas do Estado permeia temas delicados ao Direito, tal como a separação dos poderes, democracia e política, e por isso deve ser analisada com cuidado (CADIER, 2014, p. 411). Assim, Gonçalves (2014, p. 28) atenta para algumas objeções para que este processo de judicialização não acabe afetando outros princípios básicos da República, que merecem igual destaque e proteção. Ainda, cumpre destacar que a extrapolação dos limites do judiciário pode retirar das mãos dos eleitores o poder de decisão, que é exercido, geralmente, por meio da eleição do Poder Legislativo.

Dessa forma, vislumbra-se necessário definir até que ponto a atuação do judiciário, que em princípio possa parecer inofensiva, deve ser levada a cabo como justificativa de concretizar direitos nas decisões judiciais sem violar a legitimidade democrática proveniente das decisões dos outros poderes, igualmente legítimos na definição de políticas. Para Gonçalves:

> A incapacidade de concretizar certas determinações constitucionais por parte de um dos poderes, em face de uma crise institucional, pode ter uma infinidade de origens e consequências. Inclusive, pode, variavelmente, permitir ou até mesmo exigir que outra instituição assuma tal atribuição, em nome de uma necessária efetivação das obrigações estatais (GONÇALVES, 2014, p. 29).

Para o autor, o judiciário, em alguns casos, supre omissões decorrentes da falta de normatividade decorrente da omissão do Legislativo, que insiste em não discutir questões atuais e necessárias. Sobre isso, Alexandre Bahia elucida que o poder legislativo insiste em se manter refratário em temas polêmicos e fraturantes, não tendo percebido que, em uma democracia, tem papel de protagonista sobre as questões que afligem a sociedade. Acrescenta que os parlamentares têm de ter consciência de que representam "setores", "partes" da comunidade – por isso são organizados em "partidos"; não são (nem devem ser) "neutros". Ao contrário, devem se posicionar quando questões polêmicas são apresentadas (BAHIA, 2013, p. 88).

Sublinha-se ainda que o quadro brasileiro de realização de direitos fundamentais não se amolda nem mesmo a propostas que concebem uma judicialização da política como positiva ou necessária. Isso porque as intervenções judiciais são no Brasil em número tão

expressivo e em intensidade tamanha, que transcendem em muito a ideia de uma judicialização moderada. De toda sorte, Gonçalves aponta que até mesmo quem enxerga algum ponto positivo neste fenômeno proativo de interpretar a Constituição vislumbra os graves efeitos colaterais decorrentes deste tipo de conduta, principalmente quanto à falta de legitimidade democrática, que não se desenvolve sem uma atividade política intensa e saudável (GONÇALVES, 2014, p. 33).

Acresça-se ainda o fato de que tais intervenções, hoje detectáveis entre os riscos fiscais corriqueiros das administrações públicas, alteram as projeções orçamentárias, ditando a por vezes a precedência de necessidades individuais, calculadas sem uma devida estrutura técnica pelo Poder Judiciário, sobre necessidades coletivas.

Portanto, observa-se a imperiosidade de que o Congresso Nacional e o Executivo assumam suas posições, atuando segundo os propósitos constitucionais de maneira responsável, para que as discussões, antes de chegarem aos tribunais passem pela arena pública própria e legitima para alcançar o consenso necessário por meio de um processo onde todos acordam sobre ele.

2 TEORIAS DIALÓGICAS

Observando os atritos existentes entre a democracia e o constitucionalismo, Roberto Gargarella defende o potencial das teorias dialógicas para contraporem-se as teses que amparam a supremacia do poder judiciário (GARGARELLA, 1996, p. 128). Assim, para a melhor compreensão do tema proposto faz-se necessário tensionar o discurso comumente utilizado para justificar a existência de um controle de constitucionalidade forte, que culminaria, invariavelmente, na chamada judicialização da política, como uma decorrência natural da supremacia da constituição. Autores como Gargarella (1996), Gardbaum (2001) e Sunstein (2001), têm objetivado em suas pesquisas o estudo denominado de diálogos institucionais e, *grosso modo*, propõem a distribuição da responsabilidade pela definição dos termos da Constituição. O que vincula estes autores é a concepção de que nas sociedades complexas a supremacia do poder judiciário perde grande parte de seu propósito, pois não se poderia atribuir a apenas um órgão a possibilidade de definir o sentido.

As ideias propulsoras das teorias dialógicas são oriundas do Reino Unido, justamente por serem países, cuja matriz jurídica-política dá maior importância ao parlamento. Devido a isso, os autores dialógicos argumentam que o poder legislativo deve figurar como

corresponsável pela defesa e manutenção dos direitos, e, por conseguinte, da Constituição, retirando, assim, a exclusividade desse encargo do poder judiciário (GARDBAUM, 2001, p. 708).

Outro viés da teoria dialógica defende que o poder judiciário deve funcionar como tutor constitucional do poder legislativo (SUNSTEIN, 2001). Dessa forma, o debate parlamentar seria assistido pelas Cortes, ou seja, tal mecanismo não contribuiria para a superação da questão da supremacia judiciária, pois sua lógica consiste em manter a o legislativo submisso ao poder judiciário.

Para Gargarella (2014a, p. 09), a rotina de revisão dos conteúdos de uma lei para determinar ou não sua validade, por parte do Poder Judiciário merece, ao menos, três questionamentos de imensa relevância pública. Quanto à revisão judicial, discute o porquê de serem os juízes e não os legisladores, que ficam a cargo da principal função em matéria de interpretação constitucional, e, ainda, por qual motivo se dá por certo que os legisladores, enquanto representantes do povo, supostamente saibam menos ou não zelem tanto quanto os juízes sobre os fundamentais valores constitucionais. Sobre a questão democrática, reflete quanto a ser aceitável que numa comunidade democrática, caiba aos juízes o direito de dar a *última palavra*, a respeito de como resolver todos os tipos de problemas constitucionais. Por último,

> ¿por qué hemos adoptado un sistema institucional tan rígido, en que lãs relaciones entre los poderes aparecen marcadas por formas tan toscas como las hoy todavia dominantes (...)? ¿Por qué no es posible pensar en un diseño institucional diferente, en que los jueces – desde sus especiales conocimientos- *ayuden* a los legisladores en lacreaciónde normas jurídicamente más sólidas o menos cuestionables; o el Poder Ejecutivo (en lugar de simplesmente "vetar" o no una ley) comience a *cooperar* com los legisladores para que estos mejoren lo que han hecho? (GARGARELLA, 2014, p. 9-10)

Desse modo, pode-se observar que o principal escopo das teorias dialógicas é o de encontrar uma solução para que os direitos fundamentais e a guarda da constituição sejam protegidos judicialmente, porém, não de forma absoluta e concentrada, evitando, assim, os riscos do protagonismo judiciário, comuns em países que pregam a supremacia do judiciário, como no caso de Estados Unidos e Brasil.

Para Caballero e Marques, é possível a sistematização dos principais vetores das teorias dialógicas, em três pontos, quais sejam: 1) o restabelecimento do equilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática; 2) a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial, e por fim, 3) a concretização dos

direitos fundamentais, notadamente em favor dos seguimentos minoritários (CABALLERO; MARQUES, 2012, p. 14711). Nesse sentido, pontuam que o primeiro argumento relevante que as teorias dialógicas devem assumir para alcançarem os vetores acima expostos, é o de que a supremacia do poder judiciário, não se confunde com a supremacia da Constituição. Portanto, sendo duas noções distintas, é equivocado reconhecer que cabe única e exclusivamente ao Judiciário a última palavra na interpretação da Constituição.

Nesta senda, tem-se que as teorias dos diálogos sustentam que a atribuição do poder de controle de constitucionalidade somente ao poder judiciário é uma questão de escolha política e não de decorrência natural ou de necessidade lógica.

No presente ensaio, optou-se por destacar a proposta dialógica de Roberto Gargarella, especialmente pela proximidade do contexto de sua escrita com a realidade brasileira. Assim, atento à teoria de fusão dialógica, no trabalho integrado de natureza constitucional e, também, política entre legislativo e judiciário, Gargarella, refere que controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, não pode ser submetido a apenas um órgão, assim, estabelecendo a existência de três modelos de controle, quais sejam: a) Conservador; b) Populista e c) Radical não populista ou genuinamente radical (GARGARELLA, 1996, p. 47-58).

Conforme Caballero e Marques,

> O primeiro modelo, de matriz americana, defende um judiciário isolado do debate público e especializado em solucionar questões constitucionais para conter as paixões momentâneas do legislativo. Já o segundo, de matriz mais britânica, pretende restringir ao máximo a capacidade dos juízes de declarar inválidas as leis produzidas pelo parlamento. E o terceiro modelo, considerado um modelo híbrido, misto, pretende justamente privilegiar as decisões tomadas majoritariamente no parlamento, porém, levando em conta, que em determinados momentos este pode falhar, relegando ao judiciário a tarefa de reafirmar ou aperfeiçoar a vontade popular. Para o autor, este último modelo, é o ideal para um controle de constitucionalidade que concretize o diálogo institucional. (CABALLERO; MARQUES, 2012, p. 14714)

Desta forma, para o autor, algumas questões são essenciais para que se confirme a aplicação de seu modelo, ou seja, a aplicação da técnica de reenvio de leis[3], o fortalecimento

[3] Técnica em que o parlamento estabeleceria políticas coletivas, enquanto o Judiciário como o órgão capaz de identificar situações em que a função legislativa prejudica os direitos individuais se complementaria para o fortalecimento dos direitos fundamentais.

da conexão entre poder judicial e minorias, e, finalmente, a necessidade de reforma das estruturas políticas.

Conforme o autor argentino, o último item seria capaz de fomentar o diálogo entre os poderes sobre o conteúdo dos direitos, ao passo que a participação dos representantes do povo, na figura do poder legislativo, em caso de disputas sobre o sentido dos direitos, com mecanismos como o instituto do reenvio legislativo, estabelece um sistema de responsabilidade compartilhada, promotor do diálogo e propulsor da democracia (GARGARELLA, 1996, p. 67).

Dito isso, no próximo item será analisada a possibilidade de absorção da teoria dialógica de Roberto Gargarella na conjuntura política-jurídica do Brasil, delimitando os procedimentos a serem adotados para o seu êxito.

2.1 PERSPECTIVAS DIALÓGICAS PARA O CASO BRASILEIRO

Desde a Primeira República, o Brasil observou a tradição da separação de poderes, bem como perpetuou em seus textos constitucionais o modelo proposto pela aliança liberal-conservadora. A esse propósito, especialmente a partir do século XX, observam-se Constituições que disciplinam a maneira de produção das leis e atos normativos, bem como impõem limites à atuação do Estado, de modo a constatar-se certa expansão do Poder Judiciário. Numa contracorrente, o empoderamento do parlamento associado a demandas como a redução das funções do Supremo Tribunal Federal e a viabilidade de diálogos entre corte e parlamento quanto a interpretação constitucional se fazem tão cogentes, quanto discussões acerca de alterações no processo eleitoral, que aproximem os eleitores de seus eleitos.

Nesse contexto, instrumentos como o do “reenvio”, identificado por Roberto Gargarella como uma importante ferramenta para que o sentido da Constituição não seja definido apenas pelo poder judiciário, se tornam tão importantes e necessárias para serem pensadas no âmbito de uma reforma ampla da organização política do país (CABALLERO; MARQUES, 2012, p. 14717). Através desse mecanismo, o judiciário poderia reenviar uma lei julgada inconstitucional para que o parlamento revisse e repensasse tal lei o que favoreceria uma cultura de respeito e não de sobreposição entre a corte e o congresso (GARGARELLA, 1996, p. 173).

Desse modo, Larry Kramer aponta o equívoco na associação entre supremacia judicial e a palavra final quanto ao sentido de uma Constituição, de maneira que a absorção da

teoria dialógica no país por meio de uma reestruturação política possibilitaria uma mitigação do ativismo judicial que vivenciamos (KRAMER, 2004, p. 102). Neste sentido, repensar o modelo de controle de constitucionalidade, optando-se por um weak judicial review, por meio da adoção de institutos de direito comparado como os acima citados, permitiria o alcance de um equilíbrio entre a supremacia do poder judiciário e a soberania parlamentar (CABALLERO; MARQUES, 2012, p. 14718).

Na realidade latino-americana, a obra mais recente do autor argentino, traz algumas novidades práticas da implementação de formas dialógicas, quais sejam: a) a inclusão dos povos indígenas no debate dos seus direitos, conquistando o patamar de *direito de consulta*, ou seja, uma categoria destinada a assegurar que as comunidades afetadas pelas renovadas formas de exploração econômica participem dessas decisões; b) outra prática de diálogo cada vez mais frequente, embora impulsionada preponderantemente pelos tribunais superiores, são as audiências públicas, ao passo que as Cortes têm ultrapassado sua postura tradicional de autocontenção, com comprometimento frente às violações de direitos que antes passavam despercebidas, bem como ajudando a impulsionar a atenção púbica para decisões difíceis e de principal importância acerca de como resolver essas violações de direitos e, por último, fazendo tudo isso sem interferir no âmbito de decisão democrática própria do poder político, ou seja, sem assumir uma legitimidade ou poderes que não possuem (GARGARELLA, 2014ª, p. 120-121).

No caso brasileiro, a prática dialógica é ainda muito insipiente, embora, por exemplo, tenham ocorrido audiências públicas em debates sobre os temas de saúde pública[4] fomentando, portanto, a prática dialógica. Contudo, verifica-se a verdadeira falência do sistema de freios e contrapesos, uma vez que a organização do sistema a partir da lógica do conflito entre os poderes para se equilibrarem, em nada, ou muito pouco, contribui para facilitar o diálogo necessário entre essas forças (GARGARELLA, 2014a, p. 151). Porém, as alterações propostas pela teoria dialógica de Gargarella possibilitariam um reforço do

[4] A Audiência Pública, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública serão de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Hoje, tramitam no Tribunal os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355, processos de relatoria da Presidência. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude >. Acesso em: 14 out. 2016.

parlamento, ou seja, viabilizariam uma maior participação popular na concretização dos objetivos constitucionais, e, ainda

> las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionais objeciones democráticas a la revisión basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o en el riesgo de que, al "imponer la última palabra", afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar en el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la "última palabra" y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar proeminente en el proceso de toma decisiones. (GARGARELLA, 2014a. p. 122)

Deste modo, consoante Caballero e Marques, a solução para a judicialização da política, aponta no sentido de repensar a arquitetura institucional preconizada pela Constituição e que já não mais corresponde a realidade fática. Assim, "para que alcancemos uma democracia cada vez mais sólida, se faz necessário o aperfeiçoamento das instituições do país, e a altercação sobre a reforma política, é o momento ideal para tanto" (CABALLERO; MARQUES, 2012, p. 14718-14719).

Por fim, salienta-se que o parlamento não pode se fechar em discussões apenas quanto à reforma eleitoral, mantendo-se aberto para que teóricos do direito, políticos, e a população em geral possam realizar suas contribuições para que uma efetiva reestruturação político-institucional possa ocorrer, o que invariavelmente demanda uma reflexão quanto à aplicação das propostas aqui apresentadas pelas teorias dialógicas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar-se o protagonismo jurídico, verificou-se a intensificação das atividades jurídicas sobre as muitas esferas do Estado, especialmente sobre as relações sociais e da política, nas quais o judiciário passa a resolver questões de cunho político, tradicionalmente deliberadas nas instâncias representativas, recebeu o nome de *judicialização da política*. Ainda, nesse contexto, emerge o *ativismo judicial*, entendido como uma escolha em agir proativamente por parte do Poder Judiciário, de modo a realizar interpretações com expansão de sentido e alcance do Texto Constitucional.

No Brasil, o texto constitucional de 1988, além de suscitar mudanças expressivas na jurisdição constitucional do Estado, consolidou o Supremo Tribunal Federal como uma instituição fundamental no projeto da democracia republicana, uma vez que lhe atribuiu o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Contudo, apesar da

extensa carta de direitos, o pacto político renovado pela Constituição Federal manteve a sala de máquinas, ou seja, a esfera de organização do poder, fechada, obstaculizando, especialmente, a participação popular.

Em decorrência dessa estrutura, tem-se observado o deslocamento de conflitos eminentemente políticos para a seara judicial, em razão das opções políticos-estruturais realizadas pelo constituinte e fundamentadas no *strong judicial review* de matriz americana. A partir desses elementos, buscou-se demonstrar que uma arquitetura que concentra inúmeras funções no poder judiciário, notadamente no STF, associada à postura ativista dos juízes, promove a fragilidade da democracia no país, devido à migração do debate político para a arena judicial.

Grosso modo, o presente ensaio buscou analisar a viabilidade da teoria dialógica de Roberto Gargarella no contexto brasileiro, detectando as transformações necessárias para o equilibro dos poderes, especialmente quanto à judicialização da justiça, para o desenvolvimento e consolidação da democracia no país.

Isto posto, pode-se concluir com base na teoria dos diálogos o equívoco de uma vinculação apressada entre supremacia do poder judiciário e judicial review, uma vez que há caminhos alternativos de guarda compartilhada do sentido da norma fundamental, e que podem ser concretizados por meio de uma reestruturação política. Assim, tem-se que a reforma seria o instrumento capaz de se corrigir e aperfeiçoar as instituições, pois parece apontar para a possibilidade de discussão de novos arranjos que possibilitem um diálogo entre os poderes sobre o conteúdo e o sentido das normas constitucionais. E, assim, promovendo o desenvolvimento da jovem democracia brasileira. o ordenamento brasileiro foi eleito na medida em que é para ele que serão dirigidos e pensados os novos modelos institucionais, pautados pela ideia de democracia deliberativa e de diálogo constitucional, que objetivam alterar a matriz de poder, a sala de máquinas, da Constituição de 1988, de forma a facultar-se a construção de um diálogo constitucional substancial entre os três poderes e a sociedade na interpretação constitucional.

3 BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, feb. 1999. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723 >. Acesso em: 16 ago. 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, v.9, n. 01, p.65 – 92, jan./jun. 2013. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000100004&script=sci_arttext> Acesso em: 15 ago. 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 8, n. 01, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: < http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefaenia_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf >. Acesso em: 20 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2008. P. 3-4. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

CABALLERO, Cecília; MARQUES, Gabriel L. Reforma Política e Diálogos Institucionais: Novas Possibilidades de Superação da Judicialização da Política no Brasil. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU CONPEDI** - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 23, p. 14740-14763.

CADIER, Alex. Uma Análise do Protagonismo Judicial e sua Adequação Social à Luz da Constituição Brasileira. In: **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS, XXIII, nov., 2014, p. 404-419, João Pessoa, Pb. Disponível em: < http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=19f3ca179d09e851>. Acesso em: 16 ago. 2016.

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**, in American Journal of Comparative Law, n. 49, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de lós frenos y contrapesos. 119-157. In: GARGARELLA, Roberto (Org.) **Por uma justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da Judicialização da Política ao Ativismo Judicial** – Uma análise constitucional democrática do Protagonismo Judicial: em busca de uma legitimação da decisão jurídica. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2014.

KRAMER, Larry D. **The people themselves** – popular constitutionalism and judicial review. Oxford University Press: Oxford, 2004.

MACAULAY, Fiona. Democratización y Poder Judicial: Agendas de Reforma em Competencia. **Revista América Latina Hoy**, abr., n. 39, p. 141-163. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2005.

MACHADO, Raimar. **Igualdade, liberdade contratual e exclusão por idade, nas relações de emprego**. Porto Alegre: Magister, 2011.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452002000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 ago. 2016.

NELSON, William. Marbury v. Madison: the origins and the legacy of judicial review. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo:** História constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

SUNSTEIN. Cass. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on The Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expression of judicial power**. New York. New York, 1995.

TEUBNER, Günther. Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions. In: Günther Teubner (ed.). **Juridification of Social Spheres**. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1987.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O Protagonismo Judicial e a ilegitimidade democrática da Judicialização da Política**. 2011. 135 f. Dissertação de Mestrado - Curso de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

WERNECK VIANNA, Luiz *et al,* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.