

DO JUIZ HERÓI AO TRIBUNAL DEMOCRÁTICO

**Beatriz Nunes
Diógenes**

Mestranda em Direito
pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Universidade Federal do
Ceará, Fortaleza, Ceará,
Brasil. beatrizndiogenes@
hotmail.com

Diane Espíndola

Doutoranda em Direito
pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Universidade Federal do
Ceará, Fortaleza, Ceará,
Brasil. diane_espindola@
hotmail.com

Recebido: março 30, 2019

Aceito: outubro 15, 2019

From the Heroic Judge to the Democratic Court

RESUMO

O objetivo deste artigo foi refletir sobre o atual papel do Poder Judiciário como porta-voz do texto constitucional e ator político em constante relação conflituosa com o legislativo. Discutiu-se sobre o ativismo judicial e a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador moral (superego da sociedade), a ideia do juiz herói e seus desdobramentos democráticos, principalmente quanto ao sistema de freios e contrapesos. Observou-se a existência de um movimento de hiperjudicialização de questões éticas e políticas, que acarreta o desequilíbrio da dinâmica institucional do modelo democrático. Conclui-se que a atuação do Poder Judiciário não deve ser marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, nem tampouco deve atuar como legislador moral e nem permitir a ausência de vinculação ao padrão normativo. Foi sugerido, para tanto, o aperfeiçoamento da dinâmica institucional brasileira através da interação permanente entre o judiciário e o legislativo, em busca da formação de uma teoria normativa da separação de poderes que promova um debate qualitativo consubstanciado na razão pública, que resguarde direitos e tonifique a dimensão deliberativa do modelo político em vigor. Utilizou-se, para tal reflexão, do método de pesquisa bibliográfico.

Palavras-chave: Separação de Poderes; Interpretação Constitucional; Democracia Deliberativa.

Abstract

The purpose of this article was to reflect on the current role of the judiciary as a spokesperson for the constitutional text and political actor in constant conflicting relationship with the legislative. It was discussed about judicial activism and the performance of the Supreme Court as moral legislator (society's superego), the idea of the judge hero and its democratic repercussions, especially regarding the

system of checks and balances. The existence of a movement of hyperjudicialization of ethical and political issues was observed, which causes the imbalance of the institutional dynamics of the democratic model. It is concluded that the performance of the judiciary should not be marked by decisionism disguised as an order of values, nor should it act as a moral legislator or allow the absence of binding to the normative standard. To this end, it was suggested that the Brazilian institutional dynamics be improved through the permanent interaction between the judiciary and the legislature, seeking the formation of a normative theory of the separation of powers that promotes a qualitative debate embodied in public reason that safeguards rights and tones the deliberative dimension of the current political model. For such reflection, the bibliographic research method was used

Keywords: Separation of Powers; Constitutional Interpretation; Deliberative Democracy.

INTRODUÇÃO

A controvérsia tratada neste trabalho aborda a tensão entre dois ideais político-democráticos de concretização do Direito que se apresenta na relação constantemente conflituosa entre o parlamento (representante da democracia) e o Tribunal Constitucional (representante do constitucionalismo).

A relação institucional entre Parlamento e Justiça se encontra desenhada no bojo da teoria da separação dos poderes, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático Constitucional. Esse relacionamento é continuamente marcado pelo conflito, especialmente no que concerne a demandas controvertidas acerca da realização dos direitos fundamentais. Perguntas sobre quem deveria deter a última palavra em questões constitucionais e a quem pertencia a função precípua de dizer o que é o Direito fazem parte do rol da teoria normativa contemporânea.¹

Nas últimas décadas é perceptível a supervalorização do papel do Poder Judiciário², especialmente do Supremo Tribunal Federal, mormente quanto a sua competência no que tange ao controle de constitucionalidade e, por outra via, um atrofiamiento dos demais poderes sobre questões constitucionais. Tem-se uma cultura jurídica consubstanciada no papel do STF como guardião da Constituição,

¹ MENDES, 2011.

² MAUS, 2000.

O presente artigo se propõe a fazer uma breve análise acerca da cultura jurídica quanto ao atual papel do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais e porta-voz do texto constitucional.

poder validado moral e constitucionalmente para concretizar os direitos fundamentais.

Os defensores do neoconstitucionalismo³ argumentam que o Supremo Tribunal deve garantir direitos que as instituições representativas, precipuamente o Congresso Nacional, não têm conseguido concretizar. Desta forma, o papel de guardião da constituição vai além da competência de resguardá-la, mas também passa a significar a atribuição de dizer e criar o Direito na decisão do caso concreto.

O presente artigo se propõe a fazer uma breve análise acerca da cultura jurídica quanto ao atual papel do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais e porta-voz do texto constitucional. Para desenvolver o objetivo aqui traçado tem-se como principais referenciais teóricos Ingeborg Maus, Ronald Dworkin e Conrado Hübner Mendes. Subdivido em três partes, primeiramente desenvolve-se um rápido esboço da teoria do ativismo judicial, sua conceituação, surgimento e traços representativos e fundamentadores na doutrina brasileira.

Em um segundo momento, perscruta-se o papel do Supremo Tribunal Federal em uma sociedade democrática, tendo como referencial a teoria do Poder Judiciário ocupando o papel de superego da sociedade órfã, o juiz herói e seus desdobramentos democráticos, principalmente quanto ao sistema de freios e contrapesos.

No terceiro tópico, com base na tese de Conrado Hübner Mendes, analisa-se a tensão entre democracia e constitucionalismo, sendo proposta uma saída democrática para o questionamento de a quem pertenceria a última palavra quanto à interpretação e realização aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

Realizou-se o trabalho mediante pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva. A abordagem é qualitativa e o método dialético, pois busca uma maior compreensão da dinâmica entre Poder Legislativo e Poder Judiciário quanto à implementação das normas constitucionais, através de uma observação dos fenômenos jurídicos do neoconstitucionalismo e de uma nova hermenêutica constitucional.

³ O ministro Luís Roberto Barroso é um dos representantes dessa corrente no Brasil, tendo várias obras publicadas sobre o tema (BARROSO, 2007).

1 ATIVISMO JUDICIAL E A (DES)CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A atividade jurisdicional transformou-se consideravelmente com o advento das constituições modernas, sobretudo no pós-Segunda Guerra Mundial. O papel atuante das Cortes Constitucionais na garantia de Direitos Fundamentais teve grande relevância na concretização do modelo democrático ocidental atual. Contudo, frente a essa realidade, a atuação do Poder Judiciário pode transbordar as fronteiras da construção democrática do Direito e avançar sobre o espaço da política majoritária, fenômeno cunhado pelo termo *ativismo judicial*⁴.

A prática do ativismo judicial está associada a um exercício da função jurisdicional de forma mais abrangente e intensa no momento da concretização dos valores e fins constitucionais, refletindo uma maior interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes⁵. Segundo Luís Roberto Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶

O conceito de *ativismo judicial* surge das experiências norte-americanas decorrentes principalmente das decisões acerca dos direitos civis na década de 50⁷. O termo resultou de um estudo sistematizado das decisões judiciais que se fundamentaram em argumentos extralegais, criando o direito a partir do caso apresentado ao Judiciário.

A utilização do *ativismo judicial* foi primeiramente apresentada no ano de 1947 para subdividir os Juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos ao se discutir tópicos como segregação racial e direitos eleitorais⁸. Após a Segunda Guerra Mundial, com fundamento político-filosófico

⁴ BARROSO, 2009.

⁵ *Ibid*, p. 22.

⁶ *Ibid*, p. 22.

⁷ *Ibid*, p. 22.

⁸ KOERNER, 2015.

O ativismo judicial, posto em foco principalmente na interpretação das normas constitucionais, baseia-se em uma compreensão específica da própria estrutura das normas constitucionais.

no neoconstitucionalismo, passou-se a inovar nas decisões judiciais sob o argumento da necessidade de corporificação de direitos individuais não previstos originalmente nas Cartas Constitucionais.

Na década de sessenta as decisões ativistas nos Estados Unidos começaram a encontrar discordâncias e “as críticas passaram a enfocar os padrões de decisão judicial, apontando-os como manifestações de preferências subjetivas dos juízes acerca de políticas públicas, quebra de precedentes e violação do sentido original da Constituição”⁹.

O ativismo judicial, posto em foco principalmente na interpretação das normas constitucionais, baseia-se em uma compreensão específica da própria estrutura das normas constitucionais. Sobre isso segue a passagem:

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco que uma certa tradição exegética pretende lhe dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diversas possibilidades interpretativas.¹⁰

A compreensão da moldura normativa não é algo novo trazido pela corrente neoconstitucionalista. Kelsen já defendia a possibilidade de dilação do conteúdo de uma norma dentro de um universo de compreensão gramatical da mesma, para a qual deu nome de moldura interpretativa¹¹.

Essa alternância interpretativa das normas constitucionais fundamentou-se na teoria da uma nova hermenêutica constitucional, uma corrente interpretativa que teve como fatores impulsionadores a nova compreensão da Teoria da Norma Jurídica. Assim, a hermenêutica jurídica teve que se adaptar à baixa densidade normativa dos princípios e a consequência fundamental disto é o “reconhecimento de que o intérprete, diante da necessidade de ponderação de valores, possui uma razoável liberdade de criação argumentativa”¹².

Importa esclarecer que o ativismo judicial vai além de uma prática interpretativa limitada à moldura normativa de Kelsen, posto que o juiz não se limita a escolha dentre as várias opções interpretativas

⁹ *Ibid*, p. 474.

¹⁰ BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 4.

¹¹ KELSEN, 1999.

¹² CAMPOS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 6.

contidas em uma única norma. Defende-se uma dimensão construtivista do intérprete na tarefa de estruturação do significado da norma. A percepção da norma e sua concretude suplementa a interpretação simples da moldura normativa, decorrendo, no entendimento de Barroso¹³, de uma práxis política.

Na história constitucional brasileira moderna, o ativismo vem ganhando espaço na concretização de direitos, como se observa do discurso de posse do Ministro Gilmar Mendes, proferido por Celso de Mello: “práticas de ativismo judicial, desempenhadas moderadamente e em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional diante da omissão ou retardamento excessivo pelo Poder Público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição”¹⁴.

Assim, quando o poder legislativo se omite ou em decorrência de uma morosidade na construção do direito, há espaço para que o poder judiciário, albergado pelo fundamento da inafastabilidade da justiça, crie a norma no caso concreto, mesmo que para tanto tenha que inovar no plano legislativo.

A práxis política marcada pelo ativismo judicial pode ser notada também na alteração normativa para afiançar interesses políticos, a exemplo da utilização do remédio constitucional do Habeas Corpus para garantir direitos além da liberdade de locomoção como, por exemplo, a liberdade partidária.¹⁵

Nota-se, portanto, um movimento de “hiperjudicialização de questões éticas e políticas (...) o que alterou profundamente a compreensão clássica do arranjo institucional que costuma alicerçar a organização dos poderes estatais”¹⁶. Passando o Supremo a exercer um papel predominante, um protagonismo central na resolução de casos envolvendo direitos sociais.

Observa-se um movimento de migração de questões centrais envolvendo direitos fundamentais do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, criando uma tensão entre os poderes no que tange a delimitação da questão política e da questão judicial.

¹³ BARROSO, 2007.

¹⁴ Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp?servico=noticiaArtigoDiscurso:>> Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 936, 1897.

¹⁶ MARMELESTEIN, 2016, p. 4.

Há uma nítida distinção procedimental e valorativa entre as tomadas de decisões do Poder Legislativo e Judiciário. Embora a teoria da separação dos poderes tenha evoluído para uma compreensão mais dinâmica e produtiva das relações institucionais, o que se observa nas últimas décadas, mormente após a redemocratização em 1988, é um alargamento da atuação do Judiciário.

Quanto à dinâmica entre os dois poderes, Andrei Koerner afirma que “a decisão judicial e a decisão política majoritária são como dois pontos extremos de uma escala: num ponto está o governo dos juízes e no outro o majoritarismo total”¹⁷. O que se percebe é que com o ativismo judicial essa estrutura pendular estaria pendendo para uma ampliação dos poderes dos juízes em detrimento de decisões de competência eminentemente de órgãos deliberativos.

Há uma nítida distinção procedimental e valorativa entre as tomadas de decisões do Poder Legislativo e Judiciário. Embora a teoria da separação dos poderes tenha evoluído para uma compreensão mais dinâmica e produtiva das relações institucionais, o que se observa nas últimas décadas, mormente após a redemocratização em 1988, é um alargamento da atuação do Judiciário. A opinião de Koerner é a de que “as democracias contemporâneas estariam passando por um processo de expansão do Poder Judiciário, que levaria ao domínio dos juízes sobre as decisões políticas em detrimento dos representantes eleitos, presentes nas instituições majoritárias”¹⁸.

A discussão relativa ao ativismo judicial surge da tensão entre polos opostos característicos dos Poderes Judiciário e Legislativo, quais sejam: “os modelos de decisão (judicial *versus* majoritário), os princípios de decisão (segundo a razão e princípios *versus* segundo valores em conflito) e os centros, ou espaços, de decisão (cortes *versus* legislatura)”¹⁹. Nesse sentido, Neal Tate argumenta que:

Ativismo judicial significaria que os juízes deixariam de aplicar a lei, passando a promover suas concepções de políticas. A expressão tem diversos critérios, pois pode se referir ao embaralhamento de uma divisão pré-estabelecida de campos (o juiz ativista substitui os representantes eleitos), à intenção do juiz (o juiz deixa de aplicar a lei para promover as suas preferências de políticas); ou aos efeitos (a decisão judicial tem impactos sobre as políticas públicas). Outros elementos utilizados são a instabilidade da jurisprudência, e a tendência do juiz ativista de reverter uma orientação predominante, ou uma intenção política de ampliar os poderes das Cortes.²⁰

¹⁷ KOERNER, 2015, p. 480.

¹⁸ *Ibid*, p. 481.

¹⁹ *Ibid*, p. 483.

²⁰ *Ibid*, p. 484.

Existem diversas objeções à crescente atividade de interferência do Poder Judiciário além de sua órbita de atuação, como a dificuldade de remover os componentes ideológicos ou as motivações políticas e individuais que acompanham essas espécies de decisões, bem como os riscos para a legitimidade democrática, considerando que os magistrados não são eleitos e, conseqüentemente, não são representantes do povo.

O tema do ativismo judicial vem sendo arduamente discutido nas últimas décadas, ainda não existindo um consenso²¹. As Cortes ativistas encontram justificativas na própria estrutura normativa constitucional para autenticar suas decisões, como por exemplo a natureza principiológica da Constituição, que permitiria uma ampliação da moldura hermenêutica para além da compreensão léxica da norma.²²

Disto isso, conclui-se esse primeiro tópico com o entendimento de que existe uma tendência do Poder Judiciário de atuar de forma expansiva, adentrando questões políticas e de criação do direito, respaldado no argumento de que cabe ao Judiciário concretizar os valores constitucionais, como verdadeiro superego da sociedade moderna.

2 JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE E O PAPEL DO SUPREMO

Nota-se um movimento social de busca no Poder Judiciário para identificar um “herói” nacional capaz de centralizar a figura da moralidade e da justiça, como saída para a crescente instabilidade sócio-política. Ingeborg Maus²³ disserta em sua obra clássica sobre a ideia do Poder Judiciário como superego da sociedade moderna.

Fundamentado na teoria psicanalista de Freud, o superego é o responsável por domar ou reprimir nossos instintos primitivos, tendo como paradigma os valores morais e culturais de uma determinada época. Desta maneira, o movimento que vem se delineando nos últimos anos é um redirecionamento social à procura de uma figura – ou instituição – que ratifique os preceitos axiológicos a serem seguidos por seus membros²⁴.

²¹ Nesse sentido, VIANNA, 1999; ANGELL, 2005; SARMENTO, 2008.

²² Em sentido contrário, cf. WALDRON, 1999. Bem como TUSHNET, 1999.

²³ MAUS, 2000.

²⁴ *Ibid.*

Através de uma digressão histórica, Maus compreende que nos estados absolutistas o superego era identificado na figura do Monarca. A autora entende que antes da revolução francesa havia uma dependência social e valorativa pelo governo absolutista, considerando que o povo, segundo Sieyès, desconhecia os direitos de liberdade, devido a uma “longa escravidão espiritual” e cultural²⁵.

Com o advento do liberalismo e a extinção das monarquias absolutistas, Maus argui que a sociedade teria se tornado órfã de uma figura patriarcal, transferindo o desejo de proteção e direcionamento para o império das leis²⁶.

Finda a Segunda Guerra Mundial houve um movimento histórico de fortalecimento do Poder Judiciário e uma mudança de perspectiva em relação ao seu papel na sociedade moderna. Algumas razões podem ser apontadas, como a expansão do poder interpretativo constitucional, um maior volume de ações propostas ao Poder Judiciário com o objetivo de concretizar direitos coletivos e direitos individuais, e, principalmente, uma sobreposição do Poder Judiciário em relação ao Legislativo. Além dessas questões, observa-se, também, uma ampliação das expectativas sociais voltadas ao Judiciário.

Essa transferência de expectativa ao Judiciário se dá, entre outras justificativas, devido à constatação de que as leis não tiveram êxito em proteger o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana durante os períodos de Guerra do século passado. Assim, a coletividade²⁷ passou a buscar na Justiça a salvaguarda da moral pública²⁸.

Maus fundamenta esse movimento histórico de busca por soluções sociais no Judiciário analisando o processo jurisprudencial constitucional americano. Na jurisdição norte-americana, tem-se uma associação das resoluções do Poder Judiciário às figuras dos

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Nesse sentido Oscar Vilhena Vieira afirma que “tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.” Cf. VIEIRA, 2008.

²⁸ MAUS, 2000.

Juízes da Suprema Corte, de forma que as decisões tomadas pelos magistrados são associadas às suas biografias e traços marcantes²⁹.

Esse traço também pode ser encontrado quando se analisa alguns ministros paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal e suas influências na construção ideológica do ativismo judicial na realidade brasileira. Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁰ especifica como a realidade pós-1988 vinha sendo desenvolvida ainda com o forte aporte restritivo dos governos militares. Assim, passando o Supremo por um momento de auto reconstrução democrática, tendo a influência intelectual de Moreira Alves, a corte demonstrava um perfil autorrestritivo, de forma a preservar sua legitimidade na nova ordem constitucional.

Atualmente, nota-se, por outra via, um padrão de ativismo metodológico do Ministro Gilmar Mendes³¹ que vem “sistematicamente apresentando propostas dotadas de uma incomparável pretensão ativista”³². Importa destacar que o Ministro Gilmar Mendes vem sendo apenas um dos defensores do ativismo no Supremo, encontrando-se outros apoiadores, como o Ministros Roberto Barroso.

A transferência do superego ao Poder Judiciário se justificaria ainda pela necessidade de centralização da consciência social na figura da Justiça, devido a uma inseparável associação entre Direito e Moral, explicada da seguinte forma por Maus:

Numa fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão, não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da ‘consciência’ social na Justiça de Dworkin – há uma inseparabilidade da construção do direito através de valores morais, mesmo quando não se encontra no texto legal, devendo orientar a atividade jurisprudencial do jurista³³.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ CAMPOS, 2019.

³¹ Cf. STF – Pleno, ADI 3459/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/04/2006, p. 211; STF – Pleno, MS 24.268/MG, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004.

³² CAMPOS, 2019.

³³ MAUS, 2000, p. 183.

Ocorre que à medida que o Poder Judiciário incorpora o mais alto conceito social de moralidade, ele torna-se imune a um controle social mais robusto sobre sua atividade.

Dworkin³⁴ parte do pressuposto que nenhum grupo social possui uma maior clareza de conceitos morais de argumentação que os juízes e, conseqüentemente apenas eles podem interpretar a norma considerando sua finalidade moral. Essa é justamente a ideia do Juiz Hércules, ou seja, o juiz herói dotado de superpoderes capaz de encontrar a melhor saída no caso concreto.

Ocorre que à medida que o Poder Judiciário incorpora o mais alto conceito social de moralidade, ele torna-se imune a um controle social mais robusto sobre sua atividade. Esse enfraquecimento de contrapesos constrange e desarticula a dinâmica institucional do modelo democrático, desequilibrando a necessária relação entre os Poderes consubstanciados na Constituição Federal.

Tendo por cenário essa nova estrutura institucional, importa compreender se essa dinâmica seria um regresso social, estando o Poder Judiciário assumindo ares de Poder Moderador, ou se, ao contrário, essa modificação de perspectiva seria uma consequência do desdobramento moderno de interação entre os três Poderes. Oscar Vilhena Vieira traz³⁵:

Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. (...) Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.

O que se observa na evolução da teoria do controle constitucional brasileiro é que o Supremo Tribunal Federal atua como guardião da Constituição, tendo a competência para determinar a última palavra no que tange a interpretação e concretização da Lei. Em outras palavras, atualmente o Supremo detém o domínio de dizer o que é o Direito Constitucional no caso concreto.

³⁴ DWORKIN, 1995.

³⁵ VIEIRA, 2008, p. 445.

Por estes motivos, a legitimação subjetiva do Tribunal Constitucional passa a ser supraconstitucional, estando na Constituição apenas a legitimação procedimental para a sua tomada de decisão, argumento defendido por Maus na seguinte passagem:

O tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição³⁶.

Percebe-se um movimento de compreensão no sentido de que controversas sobre direito pode ser mais legitimamente decidida por uma corte judicial, no nosso caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal. Pode entender essa corrente como “consequência de um processo de transição de um período autoritário para um período que se quer fazer democrático, sobretudo quando se tem um vácuo de legitimidade discursiva no terreno dos direitos”³⁷.

Assim, consagrou-se uma teoria de supremacia dos tribunais constitucionais, o qual teria a competência para estabelecer a *última palavra* em questões de direito, tendo caráter vinculante sobre os demais poderes, nas palavras de Bercovici³⁸ o Supremo se transformaria em substituto do poder constituinte soberano.

Isto posto, compreende-se que a atuação ativista do Poder Judiciário torna-se marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, atuando não raras vezes como legislador moral – superego da sociedade – e, o que é mais grave, com uma fraca vinculação ao padrão normativo, podendo, inclusive, exorbitar de suas competências constitucionais ou até mesmo desrespeitar Direitos Fundamentais individuais e coletivos sob falsos argumentos jurídicos.

3 UMA SAÍDA DEMOCRÁTICA

Diante do exposto nos tópicos acima, observa-se uma série de problemas decorrentes do desequilíbrio em relação à dinâmica típica da separação dos poderes. Percebe-se uma supervalorização do

³⁶ MAUS, 2000, p. 192.

³⁷ BENVINDO, 2014, p. 78

³⁸ BERCOVICI, 2004.

Qual a função desempenhada e esperada dos poderes legislativo e judiciário dentro da órbita político-jurídica de uma sociedade pluralista? Sob que formato institucional e sob quais justificativas é possível dizer que uma decisão coletiva foi acertada?

papel do judiciário em contraposição a uma subvalorização da função do parlamento, o que causa um empobrecimento da experiência democrática, especialmente em sua dimensão deliberativa.

A grande questão tangenciada pelo debate do ativismo judicial e do controle de constitucionalidade reside no questionamento sobre os fundamentos de legitimidade do próprio sistema político democrático-constitucional, que se reflete, por sua vez, na justificação das decisões de alcance coletivo.

Afinal, em uma democracia constitucional formatada pela separação de poderes, a qual dos entes pertence a última palavra em matéria de direitos? Qual a função desempenhada e esperada dos poderes legislativo e judiciário dentro da órbita político-jurídica de uma sociedade pluralista? Sob que formato institucional e sob quais justificativas é possível dizer que uma decisão coletiva foi acertada?

São perguntas que fazem parte do arcabouço institucional das democracias constitucionais contemporâneas. É justamente este o ponto de partida da tese de Conrado Hübner Mendes³⁹, que será utilizada como referencial teórico neste artigo para fundamentar uma solução democrática viável para os questionamentos lançados acima.

O autor reconhece a complexidade do tema ao elaborar a seguinte pergunta: Quem decide o que e como e quando e por que numa democracia⁴⁰? É a partir deste questionamento que Mendes disserta sobre o fundamento da separação dos poderes e sobre o papel da jurisdição constitucional no sistema político democrático.

A controvérsia, segundo Mendes, gira em torno de uma tensão mais profunda entre dois ideais políticos, quais sejam a democracia e o constitucionalismo, representados respectivamente pelo parlamento e pela corte judicial. Esses dois ideais representam o embate entre dois argumentos que fundamentam o poder político e que são vistos por muitos teóricos como antagônicos: a ideia originária de democracia de que o poder pertence ao povo e a ideia de que até mesmo o poder popular deve ter limites⁴¹.

³⁹ MENDES, 2011.

⁴⁰ MENDES, 2011, p. 21.

⁴¹ *Ibid*, p. 19.

A denominação *democracia constitucional*, de acordo com Mendes⁴², se refere ao tipo de sistema político adotado pela maioria dos estados ocidentais depois da Segunda Guerra Mundial. Esse sistema tem como característica marcante a combinação desses dois ideais de fundamentação da legitimidade do sistema político: democracia e constitucionalismo. Apesar das variantes, esse modelo apresenta elementos básicos comuns, como uma constituição escrita, um poder legislativo eleito e uma corte constitucional⁴³.

Ao iniciar sua digressão sobre o tema, Mendes faz uma dura crítica ao que chama de “modo convencional” de olhar para o controle de constitucionalidade, em que há uma superestima do papel do judiciário em inserir na agenda política argumentos de ordem moral, visão reafirmada pela teoria do *guardião da constituição*, ao mesmo tempo em que existe uma atrofia da responsabilidade dos demais poderes em também promover os valores constitucionais.⁴⁴ Na prática, a ideia de um tribunal constitucional messiânico⁴⁵ e de um parlamento irresponsável implicam uma distorção sobre a função da revisão judicial e provocam um empobrecimento do sistema democrático.

A fim de enfrentar esse *modo convencional* de olhar para o controle de constitucionalidade, Mendes analisa e critica as propostas de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, dois autores que protagonizam posições antagônicas desse debate contemporâneo.

A democracia constitucional para Dworkin é explicada através da diferenciação das funções do legislativo e do judiciário. Ao parlamento caberia a deliberação sobre políticas públicas (*policies*), tendo como fundamento de justificação o princípio da utilidade (no sentido utilitário do termo), e sendo a legitimidade da decisão legislativa vinculada ao procedimento majoritário. Já ao judiciário caberia a função de defesa dos direitos fundamentais, tendo como fundamento de justificação o ideal da “igual consideração e respeito”, sendo a legitimidade da decisão, por sua vez, baseada em um critério substantivo e não procedimental⁴⁶.

⁴² *Ibid*, p. 20.

⁴³ *Ibid*, p. 20.

⁴⁴ *Ibid*, p. 23.

⁴⁵ No Brasil essa ideia é defendida principalmente por Luis Roberto Barroso. Cf. BARROSO, 2007.

⁴⁶ DWORKIN, 1995.

Jeremy Waldron rejeita a justificação de Dworkin por compreender que a sociedade pluralista da realidade contemporânea é fundamentalmente baseada em um desacordo moral profundo. A forma mais legítima de se discutir sobre questões morais controversas seria garantir um procedimento justo, já que para ele o acordo sobre o conteúdo é impossível⁴⁷. Waldron, dessa forma, se coloca numa posição pró-parlamento, por entender que é mais plausível discutir sobre a forma do que sobre o conteúdo.

Na opinião de Mendes, as justificativas de ambos autores são limitantes e travestidas de sofismas. O mais nocivo deles é a ideia de que o controle de constitucionalidade decorre da supremacia da constituição, o que poderia ser utilizado para justificar o ativismo judicial indevido, sob o argumento da defesa dos direitos fundamentais⁴⁸.

Mendes, então, propõe um outro fundamento para a revisão judicial. Ele entende que “a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e estatuir” e que a constituição estabelece essa diluição de funções da soberania justamente para que os poderes se controlem mutuamente⁴⁹. Significa dizer que o fundamento da revisão judicial, para Mendes, é a separação de poderes, no sentido de que cabe ao judiciário, através do veto e da inserção de bons argumentos no debate, enriquecer a qualidade argumentativa da democracia ao propiciar uma melhor *interlocução institucional*.

Importante notar que a teorização de Mendes não justifica o veto pelo seu conteúdo, mas sim por uma “razão prudencial de acautelar o sistema contra sobressaltos majoritários⁵⁰”, retardando, dentro do sistema político, decisões de baixa densidade deliberativa. Nesse sentido, não seria papel da corte assegurar um mínimo ético dentro do sistema democrático (essa justificativa tenderia por reforçar a visão do Judiciário como superego da sociedade), mas sim de atuar como um controle da autoridade política. O autor, portanto, parte de uma visão bastante realista do arranjo da separação dos poderes, tratando a corte constitucional e o legislador com a mesma desconfiança, sem pender de forma tendenciosa para nenhum dos lados.

⁴⁷ WALDRON, 1999.

⁴⁸ MENDES, 2011, p. 26.

⁴⁹ *Ibid*, p. 27.

⁵⁰ *Ibid*, p. 27.

Retomando a discussão, é possível afirmar diante mão que a saída democrática para a problemática do ativismo judicial e da tensão entre os poderes não está na supremacia legislativa ou na judicial, tendo em vista que nenhuma destas oferece soluções satisfatórias. O grande desafio, então, é buscar a conciliação democrática entre as funções dos poderes legislativo e judiciário dentro do arcabouço institucional do constitucionalismo democrático.

Com esse propósito, Mendes estabelece uma série de objetivos para sua teoria política, dentre eles, a minimização do erro nas decisões coletivas, que pode ser alcançada pela maximização da legitimidade democrática dessas decisões, através de uma interação deliberativa de melhor qualidade e da busca pelas melhores razões públicas. É nesse aspecto substancial que a teoria de Mendes se aproxima da de John Rawls⁵¹.

Nesse sentido, o autor entende que as teorias da última palavra enfraquecem o diálogo interinstitucional, na medida em que ignoram que a solução dos conflitos coletivos tem um caráter permanente e difuso. Dessa forma, elas devem ser substituídas por uma teoria do diálogo constante, que, embora não ofereça uma solução permanente, consiste em uma saída provisória para o problema⁵².

É nesse ponto chave que o autor apresenta duas noções fundamentais de sua teoria: as ideias de *rodada procedimental* e última palavra provisória⁵³. A explicação para os dois termos decorre da noção de que os desacordos coletivos têm um ponto de partida e que, após alguns estágios intermediários, alcançam um determinado resultado final, que não será final no sentido extremo da palavra, mas definitivo somente dentro daquela *rodada procedimental*, que sempre poderá ser reiniciada e reformulada indefinidamente⁵⁴.

Rebelando-se contra o os excessos produzidos pela teoria normativa, que , a seu ver, “produziram apoteoses da última palavra, batalhas imaginárias entre o juiz heroico e o legislador moralmente decaído, ou entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador virtuosos e exemplar⁵⁵”, Mendes articula uma teoria normativa do

⁵¹ Sobre o tema, conferir: RAWLS, 1971. RAWLS, 2005.

⁵² MENDES, 2011.

⁵³ *Ibid*, p. 170.

⁵⁴ *Ibid*, p. 170.

⁵⁵ *Ibid*, p. 171.

A pergunta pela autoridade da última palavra provisória é importante, mas não deve ofuscar a questão principal: a valorização do processo contínuo de formação da vontade política justificada por razões razoáveis, exigíveis a todos e transcrita pela linguagem dos direitos.

diálogo, na tentativa de conciliar o diálogo permanente e a última palavra provisória. Em seus termos: “combinar a provisoriedade das decisões com a continuidade da política⁵⁶”.

Seguindo com seu exame realístico sobre a dinâmica institucional brasileira, Mendes aponta alguns fatores relevantes que muitos teóricos do comportamento judicial negam ou ignoram. O fato de que juízes e cortes têm seu comportamento determinado, não raras vezes, por constrangimentos externos, dado que “a corte constitucional, nesse sentido, não está numa torre de marfim, mas no calor da política⁵⁷”.

Além disso, Mendes observa que a relação entre as instituições dentro do plano da separação dos poderes é marcada fundamentalmente pelo dinamismo, por negociações gerenciadas na informalidade, por ocupações e desocupações dos espaços de poder⁵⁸. Dados esses fatos e considerando que o diálogo é necessário em uma experiência democrática consubstanciada pela separação dos poderes, qual diálogo é o mais desejável em uma democracia?

Para responder a esse questionamento, Mendes concebe um critério de legitimidade das instituições e decisões, denominado por ele de *desempenho deliberativo*⁵⁹. O autor defende que “parlamentos e cortes têm legitimidade para serem ativistas à medida que se engajem no diálogo⁶⁰”.

Dessa forma, as decisões tomadas por certa autoridade, apesar de obrigatórias, devem ser discutidas quando couber uma melhor razão, dando a oportunidade para que o órgão seja desafiado a defendê-la ou reavaliá-la, sem, contudo, perder sua autoridade. Nesse sentido, o eventual erro de uma decisão da Corte não computaria em uma perda de autoridade.

A pergunta pela autoridade da última palavra provisória é importante, mas não deve ofuscar a questão principal: a valorização do processo contínuo de formação da vontade política justificada por razões razoáveis, exigíveis a todos e transcrita pela linguagem dos

⁵⁶ *Ibid*, p. 171.

⁵⁷ *Ibid*, p. 183-184.

⁵⁸ *Ibid*, p. 185.

⁵⁹ *Ibid*, p. 192.

⁶⁰ *Ibid*, p. 192.

direitos⁶¹. Em síntese, o objetivo do questionamento por um sistema político legítimo e pela razão de ser da revisão constitucional deve sempre vir acompanhado de uma busca pela formação de uma cultura pública de forte densidade deliberativa.

A proposta do autor para reduzir os riscos de se pesar a balança mais para um lado ou para o outro dos dois poderes em questão é justamente desenvolver uma demanda mais forte pelo diálogo, que deve fazer-se entranhar de tal forma na prática decisória que se torne rotineira. Dessa forma, ao invés de um guardião entrincheirado, assoberbado em seu imperialismo retórico, ou de um legislativo cômodo e reverenciado, é possível construir um sistema em que ambos os poderes sejam engajados com o exercício da persuasão. “Nesse modelo ideal, não há nem um guardião entrincheirado, nem um legislador acanhado e deferente, mas dois poderes engajados no exercício da persuasão⁶²”.

Segundo Mendes, o melhor que podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação dos poderes é que a interação entre as instituições aconteça de forma que estas busquem sempre maximizar os seus respectivos desempenhos deliberativos⁶³. Significa dizer que a competição argumentativa insere no debate, de forma saudável, a tensão entre forma e substância.

Considerando o desempenho deliberativo como critério consequencialista de legitimidade que adiciona um grau de complexidade à separação de poderes, torna-se possível exigir das instituições uma postura de prudência e vigilância constante quanto às decisões tomadas na esfera pública. Isso se dá na medida em que a última palavra provisória é uma mera expectativa probabilística de decisões mais ou menos acertadas, fazendo com que o eventual erro de um poder possa ser legitimamente refutado pelo outro⁶⁴.

Portanto, sem risco de perder sua autoridade política, os poderes decisórios são a todo instante instados a se manifestarem com prudência e razoabilidade, argumentando de forma crítica e robusta,

⁶¹ MENDES, 2011.

⁶² *Ibid*, p. 203.

⁶³ *Ibid*, p. 204.

⁶⁴ *Ibid*.

Definir os limites da intervenção do judiciário em questões coletivas de demanda legislativa não é uma tarefa fácil, ainda mais se considerarmos as evidências mencionadas, como o caráter difuso e inconstante das funções dos poderes.

pois sabem que os demais poderes estarão vigilantes e a postos a perscrutar a qualidade de suas decisões.

Definir os limites da intervenção do judiciário em questões coletivas de demanda legislativa não é uma tarefa fácil, ainda mais se considerarmos as evidências mencionadas, como o caráter difuso e inconstante das funções dos poderes. Se por um lado é necessária uma clara divisão de funções quanto à declaração de direitos, é também desejável que não se reduza o papel da corte a uma mera esfera de declaração de inconstitucionalidades. Nesse sentido, Mendes, afirma que “dizer que à corte cabe o papel negativo de declarar a inconstitucionalidade e ao legislador o propositivo passa longe de como o fenômeno efetivamente ocorre. Recorrer a velhas distinções entre criação e interpretação do direito seria insistir numa falácia⁶⁵”.

A proposta de Mendes para esse problema se assemelha a de Ian Shapiro⁶⁶, no sentido de que a corte deve modular intervenção e contenção a depender do desempenho do parlamento⁶⁷. Se na tese de Shapiro a corte funciona somente como um *suplemento à competição*, na proposta de Conrado a corte pode ir além, dependendo do resultado de uma análise prudencial de cada caso. Ou seja, a depender de cada contexto, a corte pode optar por agir de forma mais ou menos expansiva.

A sugestão de Mendes é que “a corte module suas virtudes ativas e passivas por meio da prudência⁶⁸”, buscando o meio termo e evitando tanto a timidez quanto o excesso. A fórmula do autor pode ser considerada um critério de modulação casuística, utilizado para orientar a postura discricionária do juízo de ocasião das cortes.

Segundo Mendes, dentro desse juízo casuístico, a corte deve se nortear por dois parâmetros de legitimidade: um, formal, o desempenho deliberativo e outro substancial, a razão pública. A corte tem a função de incentivar um debate mais qualificado, provocando o parlamento a enfrentar a razão pública, que nem sempre está presente nas decisões legislativas⁶⁹.

⁶⁵ *Ibid*, p. 205.

⁶⁶ SHAPIRO, 2006.

⁶⁷ *Ibid*.

⁶⁸ MENDES, 2011, p. 207.

⁶⁹ *Ibid*, p. 208.

O legislador, ao ser provocado, tem como ônus argumentativo o dever de enfrentar os questionamentos apontados pelo judiciário e apresentar seu melhor argumento. Dessa forma, o parlamento, quando aceita o desafio deliberativo, fortalece sua legitimidade democrática e, do contrário, se se nega a dialogar, enfraquece sua quota de legitimidade democrática.

Ao final, é plausível dizer que a deliberação interinstitucional tem como função reduzir o dissenso, produzir melhores decisões baseadas em argumentos de razão pública e despertar o respeito e deferência mútua entre os poderes⁷⁰. Nas palavras do autor:

O interlocutor judicial pode provocar atritos e desafiar o legislador a enfrentar um tipo especial de razão que nem sempre pesa nas decisões parlamentares. À medida que o legislador se nega a fazê-lo de forma transparente, ele desperdiça a credencial eleitoral de que dispõe para inovar com responsabilidade na esfera política⁷¹.

Finalmente, para fechar o seu argumento em defesa de uma separação de poderes consubstanciada pelo princípio deliberativo, o autor visualiza o judiciário como um *catalisador deliberativo*, propulsor de debates de qualidade entre os poderes e selecionador de bons argumentos⁷².

A atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional, nesse sentido, ao invés de diluir ou obstruir os debates na esfera pública, acrescenta um grau qualitativo ao diálogo interinstitucional, desafiando o parlamento e demais poderes à construção de argumentos mais robustos, de forma que o modelo de democracia constitucional possa se aproximar de um regime mais justo em questões de princípios.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi refletir sobre o papel do Poder Judiciário como órgão da jurisdição constitucional e como ator político em constante relação conflituosa com o Poder Legislativo. Dentro desse contexto, discutiu-se sobre o ativismo judicial e suas consequências para a democracia deliberativa.

⁷⁰ *Ibid*, p. 208.

⁷¹ *Ibid*, p. 208.

⁷² *Ibid*, p. 212.

A questão gira em torno da dinâmica da separação de poderes como elemento constitutivo das democracias constitucionais, nas quais as decisões de alcance coletivo têm dois principais centros ou espaços de decisão (a corte constitucional e o parlamento), que se diferenciam pela sua forma (majoritária e contramajoritária) e substância (questões de direitos e questões políticas).

Demonstrou-se de que forma o Poder Judiciário vem, nos últimos anos, ocupando cada vez mais o espaço das decisões políticas, *locus* pertencente ao parlamento, e decidindo para além de sua competência, adentrando na esfera do legislativo sob a justificativa de concretização dos valores e princípios constitucionais.

Nesse sentido, a análise da teoria de Ingeborg Maus sobre o Judiciário como superego da sociedade apontou como, da segunda metade do século XX aos dias atuais, houve uma considerável expansão do papel do Poder Judiciário na esfera pública, sobretudo em razão da força normativa das constituições e do crescente ressentimento da população com a classe política. O descrédito do Poder Legislativo trouxe como consequência a busca no judiciário por uma figura idônea revestida de poder legítimo para concretizar as demandas coletivas salvaguardadas pela constituição.

Nesse sentido, a análise da teoria de Ronald Dworkin a respeito do Juiz Hércules, o juiz herói dotado de superpoderes e que possui uma maior clareza sobre os conceitos morais para decidir sobre o caso concreto, corrobora a ideia manifestada por Maus de que, à medida em que o Poder Judiciário incorpora o mais alto conceito social de moralidade, ele torna-se imune a um controle social mais robusto sobre sua atividade, o que tem como consequência o enfraquecimento do sistema de contrapesos e desarticulação da dinâmica institucional do modelo democrático.

Observou-se que a visão tradicional da separação dos poderes enxerga o judiciário como guardião da constituição, único e exclusivo portador da voz sobre os valores constitucionais e ator competente para dar a última palavra sobre o sentido da Constituição.

Considerando essa problemática, foi utilizada a teoria de Conrado Hübner Mendes como uma possível solução ao impasse, em que o objetivo principal foi construir uma teoria democrática da jurisdição constitucional repensando o papel do Poder Judiciário em

Compreende-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário não deve ser marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, nem tampouco deve atuar como legislador moral – superego da sociedade – nem permitir a ausência de vinculação ao padrão normativo.

constante atrito com o Legislativo e refutando a ideia tradicional da Corte Constitucional como detentora da última palavra sobre o sentido da constituição.

A proposta do autor reconhece que as instituições são falíveis e que os casos de interpretação dos direitos fundamentais são controversos e que é preciso buscar um arranjo institucional da separação de poderes que, reconhecendo o desacordo quanto à substância, maximize a capacidade das instituições de produzir melhores respostas para aumentar as chances de se chegar aos resultados certos.

Dessa forma, Mendes fundamenta a revisão constitucional com base na separação dos poderes e no potencial que possui o judiciário de aperfeiçoar a qualidade dos argumentos dentro dos debates da esfera pública. A Corte Constitucional, nesse sentido, tem uma razão prudencial de ser (na medida em que usa da razão pública para qualificar o diálogo interinstitucional) e não uma razão messiânica, que apequena o fundamento da dinâmica institucional democrática e desqualifica o diálogo deliberativo sobre as melhores razões públicas.

A separação de poderes, portanto, deve ser entendida através da interação permanente entre os poderes, marcada pela finitude das rodadas procedimentais (última palavra provisória) para garantir a continuidade da mobilização política.

O judiciário deve ainda saber quanto e quando decidir, de forma a encontrar um espaço do meio que, por um lado, evite o excesso (ativismo judicial) e, por outro, promova um debate qualitativo substanciado na razão pública. A Corte Constitucional, por isso, deve resolver caso a caso, modulando suas virtudes ativas e passivas por meio da prudência.

Compreende-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário não deve ser marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, nem tampouco deve atuar como legislador moral – superego da sociedade – nem permitir a ausência de vinculação ao padrão normativo. Ou seja, não deve exorbitar de suas competências constitucionais sob falsos argumentos jurídicos.

Conclui-se que a proposta formulada por Mendes indica uma série de parâmetros para aperfeiçoar a dinâmica institucional da

democracia constitucional brasileira, na medida em que ele contribui para a formação de uma teoria normativa da separação de poderes que se preocupa em resguardar direitos e tonificar a dimensão deliberativa do modelo político em vigor.

Finalmente, importa adicionar que a teorização de Mendes, para além de uma proposta da legitimidade política e de solução de conflitos entre os poderes, busca estruturar princípios e critérios-guia para a concretização de um modelo democrático mais robusto e íntegro, constituindo-se, assim, uma importante ferramenta teórica para a realização do ideal de autogoverno coletivo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático*. Florianópolis: Conceito, 2013.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). *The judicialization of politics in Latin America*. Springer, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história: a nova hermenêutica constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, p. 129 – 173, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, n. 201, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil”. *Revista Lua Nova*, n. 21, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 936*, 1897.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277; ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Brito. DJ: 13/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 3459/DF*, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 07/04/2006, p. 211. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MS 24.268/MG*, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7504689>>. Acesso em: 10 set. 2019.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v Gilmar Mendes – a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do STF*. Disponível em: <https://www.academia.edu/9299634/Moreira_Alves_v_Gilmar_Mendes_-_a_evolu%C3%A7%C3%A3o_das_dimens%C3%B5es_metodol%C3%B3gica_e_processual_do_ativismo_judicial_do_STF>. Acesso em: 10 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy, *European Journal of Philosophy*, v. 3, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.), São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOERNER, Andrei. *A Ordem Constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil*. Campinas, São Paulo: 2015.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”*. Martonio Lima (trad.), São Paulo: 2000.

MARMELSTEIN, George. Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2008.

TATE, Nael. Why the Expansion of Judicial Power? In: C. N. V. Tate, Torbjorn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York.: New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck [et al] *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999.

VIEIRA, Oscar Villhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, v. 4. São Paulo, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.