

O Dilema da Última Palavra: Cortes Constitucionais, Democracia e Deliberação

The Last Word's Dilemma: Constitutional Courts, Democracy and Deliberation

Gabriel Campos Soares da Fonseca¹

Resumo

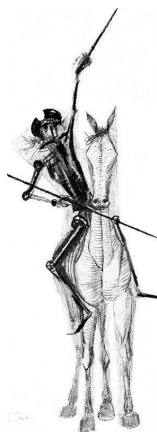
Haja vista a expansão da judicialização da política e do ativismo judicial, o presente artigo busca repensar a atuação das Cortes Constitucionais em uma Democracia. Alicerçando-se na perspectiva comparada e nos desenhos institucionais, almeja-se um adensamento teórico nas principais questões deste âmbito. Assim, algumas possíveis saídas são expostas para incentivar a participação popular à luz da democracia deliberativa passando pelas nuances do contexto brasileiro.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais. Última Palavra. Democracia. Deliberação.

Abstract

Bearing in mind the current expansion of the judicialization of politics and the judicial activism, this article aims to rethink the role of Constitutional Courts in a Democracy. Based on the comparative perspective and on the institutional designs around the world, this work seeks a theoretical framework about the issues regarding this problem. Thus, possible solutions are displayed to encourage the popular participation and a deliberative democracy permeating the problems of the Brazilian context.

Keywords: Constitutional Courts. The Last Word. Democracy. Deliberation.



¹ Graduando do 4º Semestre da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Membro do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da UnB. Editor Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da UnB. Agradeço aos professores: Juliano Zaiden, Lilian Barros de Almeida e Miguel Godoy.

1 - Introdução

O presente artigo almeja fomentar um adensamento teórico acerca do processo de disseminação do Constitucionalismo e das Cortes Constitucionais ao redor do mundo. Concomitantemente, haja vista a expansão do Poder Judiciário e suas consequências no âmbito democrático, busca analisar a ascensão de problemas constitucionais comuns a diversos países aplicando e observando as devidas relações com o contexto brasileiro.

Dessa forma, partiu-se de uma vasta análise bibliográfica como aporte metodológico abarcando autores de diferentes perspectivas como Bruce Ackerman, RanHirschl e Mark Tushnet para demonstrar, a partir de um viés comparado, a possibilidade de uma atuação mais consciente das Supremas Cortes. Nesse sentido, é preciso repensar a legitimidade dessas para proferir certas decisões na medida que perpassam por questões comuns como a judicialização da política e o ativismo judicial. Todavia, ao final, buscou-se enfatizar, na doutrina brasileira, em autores como Conrado Hubner Mendes e Joaquim Falcão a fim de explicitar críticas aos problemas referentes ao atual modelo brasileiro de Supremacia Judicial e suscitar uma maior transparência por parte do STF.

Desse modo, a primeira parte do trabalho versa acerca do marco teórico que elucidou o provimento de direitos e de garantias fundamentais a fim de impedir o domínio de facções e suscitar o pluralismo. Destarte, destaca-se o recorte do debate a respeito da tensão entre o Constitucionalismo e a Democracia, especialmente no dito *judicial review*, visualizando-a como rica, produtiva e complexa. Dessa forma, esse debate firma-se como o marco indispensável para o início da reflexão proposta por este artigo, pois alcança a percepção de que tentar conciliar os elementos dessa relação é uma tarefa complexa, mas imprescindível. Por conseguinte, o trabalho trilha a partir de uma análise desses problemas comuns alicerçada pela perspectiva do Direito Constitucional Comparado². Essa perspectiva é utilizada pretendendo-se buscar diálogos entre as estratégias, as falhas, os acertos e os desenhos institucionais de diferentes países a fim de achar novas saídas e relativizar certos posicionamentos internos tidos como verdades absolutas.

² Ao mencionar a expressão “Direito Constitucional Comparado” ao longo do artigo, refiro-me ao campo de discussões crescente que concatena constitucionalistas de vários países a fim de refletir acerca das similitudes e particularidades dos diversos sistemas institucionais e constitucionais do mundo para, então, desnaturalizar certos modos de uso de instituições e buscar novos horizontes para repensá-los. Ver: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford University Press, 2012, pp. 1-19.

A segunda parte do trabalho almeja perpassar pelos impactos do crescente fenômeno da judicialização da política enfocando-se na atual e crescente *judicialização da mega política*³. Isso, pois entende-se que tal fenômeno tem contribuído para que as Cortes adotem uma postura mais ativista e concentradora de poder. Todavia, a partir desse modo de atuação das Cortes, é necessário promover um debate complexo acerca de sua legitimidade para tanto e os riscos que tal processo carrega, bem como os riscos para a teoria da separação dos poderes⁴.

Esse modelo operacional das Cortes pode induzir um grande risco à democracia: a Supremacia Judicial. Haja vista o caráter sufocante desse risco e seus desdobramentos que permitem vicissitudes à cidadania, o constitucionalismo popular estabelece-se como uma saída que visa fomentar a participação popular nos processos decisórios e incentiva um papel do povo mais presente e ativo na interpretação da Constituição. Desse modo, essa corrente rechaça a hipótese do Judiciário como detentor da última palavra acerca do real sentido da Constituição.

A quarta parte do artigo percebe como indispensável as ideias evidenciadas por Habermas acerca da importância da deliberação e da centralidade do próprio agir comunicativo a partir de uma esfera pública pautada pelo amplo debate público. A visão da democracia deliberativa, então, apresenta-se como uma saída mais sofisticada e adequada para a propagação de uma prática político-constitucional plural e consciente.

Em sua última parte, o trabalho busca delinear as problemáticas específicas presentes na prática constitucional brasileira e abarcar algumas saídas possíveis para a profunda crise de legitimidade e representatividade vigente no país. Observando o contexto em que o STF está inserido, sublinha-se a necessidade de revisitar certos instrumentos dessa instituição para propiciar uma deliberação mais genuína com decisões bem fundamentadas. Indo além, é preciso potencializar as vozes de atores não-judiciais a respeito dos sentidos da Constituição e das decisões que os concernem.

³ A “judicialização da mega política” consiste na transferência, pelas instituições representativas, do enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas na atualidade ao Judiciário. Ver: HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts**. *Annual Review of Political Science*, v.11, n.1, pp.93–118, 2008.

⁴ Cabe ressaltar que quando faz-se referência à teoria da separação dos poderes, entende-se ela, a partir de uma leitura contemporânea, como uma teoria da separação de funções. Assim, percebe-se essa separação como um processo dinâmico e conflitivo muito distante do modelo rígido e estagnado propagado por Montesquieu.

Portanto, o propósito deste trabalho é revisitar de forma crítica, especialmente em relação às razões da judicialização da política e do ativismo judicial, o fenômeno da crescente expansão do poder das Cortes Constitucionais no mundo. Assim, consequentemente, focando-se nas especificidades do Supremo Tribunal Federal.

1 – Constitucionalismo Global, Comparativismo e problemas comuns

1.1 -Constitucionalismo e democracia

Com o desfecho da 2ª Guerra Mundial, um novo paradigma constitucional foi firmado. Dessa maneira, ocorreu uma expansão do Constitucionalismo ao redor do mundo e do próprio ideal da centralidade desse tipo de limitação à tomada de decisão pela população visando, então, consolidar uma democracia material e saudável.

A deflagração de regimes totalitários com amplo apoio popular fez com que o processo de elaboração e as intenções por trás das Constituições ocupassem a essência da consolidação e da preservação de uma sociedade democrática. As Constituições Semânticas – instrumentos de governo que concentram poder e desprotegem os governados – teriam sido responsáveis por trair o sentido original da Constituição e mascarar os males desses governos totalitários (LOEWENSTEIN, 1976. p. 217) criando, então, “Constituições inconstitucionais”.

Não obstante, tais Constituições permitiram a ascensão de um ideal democrático, mas que, agora, pressupunha uma limitação e contenção do poder. O Constitucionalismo Moderno acabou reforçando a necessidade de características como: a observância de direitos fundamentais; a presença do Estado de Direito (*Rechtsstaat*, *Rule of Law* e *État du Droit*); a separação entre o ato de julgar e o de legislar reafirmando a prevalência das leis promulgadas publicamente; e os limites ao poder de Governo (ROSENFELD, 2003. pp. 36-37).

A partir do aporte teórico concatenado por Thomas Kuhn, os avanços científicos advêm justamente desse processo de quebra de paradigmas nos quais há uma ruptura com os pressupostos tidos antes como universais e absolutos (KUHN, 1991.p. 13). A passagem de um regime autoritário para a democracia é análoga a tal elucidação. Isso, pois demanda uma nova legitimação e justificação da teorização do Poder Constituinte na medida em que passa a almejar o “povo” como titular e soberano desse.

Logo, percebe-se que a partir de todo esse longo caminho percorrido, consolidou-se a noção de que, malgrado uma tensão paradoxal entre o Constitucionalismo e a Democracia, essa tensão estabelece uma relação rica, produtiva e complexa demandando reciprocidade.

Isto é, um é constitutivo do outro e sem essa tensão, não há Constitucionalismo e não há Democracia. Torna-se possível, então, a possibilidade de inclusão e participação dos cidadãos. Dessa forma, esse se submetem a uma norma fundamental, porque ela representa os princípios que compõem a própria sociedade sendo, legitimamente, construídos e aceitos por seus integrantes constituindo uma “*comunidade de princípios*” (DWORKIN, 2007. p. 227).

Para Luhmann, as Constituições Modernas refletem e reagem à separação dos sistemas de funções entre “direito” e “política” e, por conseguinte, à necessidade de religação entre eles (LUHMANN, 1990. pp. 178-179). Portanto, o Poder Constituinte, ao instaurar a Constituição, expõe a forma jurídica do político a qual será protegida pela rigidez do Constitucionalismo. Nesse sentido, então, firma-se a tensão entre o jurídico e o político e entre o próprio constitucionalismo e a democracia (CHUEIRI; GODOY, 2010. p. 166). Sendo essa: a atuação dos cidadãos de decidir os aspectos fundamentais de sua comunidade e aquele: a contenção da tomada absoluta de decisão popular a partir de uma norma fundamental formulada para mensurar os limites, os procedimentos e os autores dessas normas (CHUEIRI; GODOY, 2010. p. 159).

Portanto, há o surgimento de uma sociedade heterogênea e plural baseada no auto reconhecimento da liberdade e igualdade de seus componentes. Esse paradoxo instituído aparece como fonte de discussão e de legitimidade de um poder Judiciário atuante na garantia dos direitos privados à diferença e da própria concepção de consciência da coletividade social. Os limites constitucionais começam a dar voz aos segmentos minoritários da sociedade e a estabelecer uma concepção de que a democracia passa a ser a concretização da vontade da maioria, mas com respeito às minorias (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011. pp. 61-62).

Tal cenário permitiu que os juízes ganhassem maior espaço para adentrar em atividades de outros Poderes e atuar de forma mais incisiva em nome da proteção de minorias e da preservação de direitos fundamentais. Do mesmo modo, notou-se um surgimento de problemas de origem constitucional comuns aos países mais diversos. Na mesma linha, percebem-se aprendizados, negações e competições recíprocas entre as Cortes Constitucionais desses países ao julgarem as mesmas problemáticas, mas com diferentes visões.

1.2 - O Direito Constitucional Comparado e a análise metodológica de problemas comuns

Adentrando em uma perspectiva mais atual, o Direito Constitucional Comparado permite a análise desses problemas comuns oriundos de uma história complexa de luta por direitos. No contexto contemporâneo, as Cortes Constitucionais acabam por dialogar implícita e explicitamente. Assim, podemos, por exemplo, notar um crescente diálogo entre Cortes Constitucionais de forma explícita e admitida na Inglaterra e na Alemanha, e outras de forma implícita e velada como na França e na Itália (MARKESINIS, 2005. pp. 7-14). Talvez o caso mais emblemático concentra-se na África do Sul que, ao renascer de um regime cruel, expressa explicitamente em sua Constituição a possibilidade do uso de precedentes estrangeiros e do próprio Direito Internacional na interpretação de direitos fundamentais (BENTELE, 2009. pp. 226-227).

Nota-se, também, uma ascensão do próprio uso explícito de precedentes estrangeiros utilizando-se do argumento de direito comparado como uma forma de interpretação constitucional que permite uma circulação jurisprudencial e um diálogo horizontal entre Cortes ao redor do mundo (GROPPI, 2014. pp. 83-108).

Os Estados Unidos parecia alheio a esse processo, no entanto, agora, observa-se esse tipo de problemática em sua realidade. Como elucidado por um de seus juízes da Suprema Corte, os desafios impostos por um mundo cada vez mais interdependente com problemas compartilhados, comunicações instantâneas e um comércio interligado acaba demandando, até mesmo nos temas mais banais, a atuação judicial sob uma ótica que vai além de fronteiras (BREYER, 2014. p. 4).

É inegável que as Cortes se influenciam. Isso é consequência, na realidade, da formação de problemas comuns difundidos em contextos diferentes. Discussões acerca de direitos fundamentais, dos limites à liberdade de expressão, do discurso de ódio, da união de pessoas do mesmo gênero, da utilização de cotas raciais no ensino superior, do aborto e, como enfocado, do próprio uso do controle de constitucionalidade das leis, tornaram-se corriqueiras.

A utilização do Direito Constitucional Comparado é extremamente relevante na medida que auxilia a desnaturalização de convicções e de discursos tidos como absolutos e universais, mas que, muitas vezes, escondem motivações políticas por trás de sua fundamentação. Especificamente, a forma em que o controle de constitucionalidade das leis é tratado e legitimado permite uma vasta discussão sobre até onde ele é benéfico. É preciso compreender e melhorar o modo em que esse instrumento é utilizado observando como ele é tratado por outros países que se deparam com problemas semelhantes.

Todavia, é sempre importante observar tais problemas com uma análise metodológica forte para que não se caia em Nominalismos – diminuição de diferenças importantes traçando paralelos inapropriados – ou em Provincialismos – crença de que certos problemas são concernentes apenas a uma realidade de certa nação (ACKERMAN, 1996. p. 794) fugindo dos perigosos “sincretismos metodológicos” (AFONSO DA SILVA, 2005. p. 133). É necessário que se tenha em mente que a Constituição de uma nação tem uma forte correlação com o processo de formação histórica e cultural de cada país, partindo-se da “invenção” de sua população (MORGAN, 1988. p. 55).

As Constituições modernas estão interligadas com o processo de pensamento político Ocidental e se moldam a partir do acolhimento ou não de acontecimentos históricos e políticos. Essas exprimem posicionamentos filosóficos de uma nação autônoma, assim como o titular do poder emanado (SOARES, 1986. p. 1). Dessa maneira, é imprescindível atentar-se para as consequências da aplicação de afirmações e de conceitos em realidades distintas evitando tratar perspectivas diferentes como iguais.

Portanto, é sempre importante ter em vista que países distintos têm parâmetros distintos para os mesmos problemas. Conseqüentemente, Cortes Constitucionais interpretam os mesmos problemas de formas diferentes. Por exemplo, casos acerca da liberdade de imprensa e de expressão seriam vistos de maneira muito diferente no Brasil e nos EUA⁵. É essencial, então, identificar esses problemas comuns e perceber como são tratados e resolvidos em diferentes contextos a fim de extrair melhores resultados e um aprendizado recíproco.

2 – Judicialização da política, ativismo e separação de poderes

2.1 - A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

A partir da ascensão e do fortalecimento de inúmeras Cortes Constitucionais ao redor do mundo, a sua atuação acabou por trazer debates intensos acerca da legitimidade de juízes não eleitos no julgamento de casos com alto cunho político e representativo, bem como da intromissão desses em atividades tidas como típicas de outros Poderes. A despeito disso, hoje,

5 Em relação aos EUA, ver: STONE, Geoffrey R. **Hate Speech and the U.S. Constitution**. Chicago: EastEuropeanConstitutionalReview V. 78, N. 3, pp. 77-82. 1994. Em relação ao Brasil, ver: LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.41, n.162, abr./ jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/948>>

boa parte dos estudiosos acredita que tais juízes dispõem, sim, de uma legitimidade *contramajoritária* (BICKEL, 1986. p. 16). Destarte, as Cortes Constitucionais atuam de forma a garantir a essência do Constitucionalismo, isto é, proteger a Democracia de forma que as minorias tenham voz e não acabem sendo reprimidas por facções majoritárias.

O paradigma do Estado Democrático de Direito trouxe o Poder Judiciário como protagonista. Em consequência disso, na atualidade, nota-se, em muitos casos, a naturalização do discurso de que as Cortes teriam maior competência para julgar tais questões, tendo em vista sua capacidade de argumentação técnica e jurídica em detrimento do jogo da política visto como individualista e corporativista. Todavia, é preciso perceber que independentemente da fundamentação, os juízes, também, exprimem argumentos de certo cunho discricionário e que é impossível fugir de suas convicções. Além disso, o espaço político detém um papel importante na formação de decisões públicas e deveria ser tratado com maior seriedade e com perspectivas prospectivas, engajadas e preocupadas com os anseios da coletividade.

Malgrado, é preciso perceber que o atual papel hegemônico das Cortes está intimamente relacionado com a deferência de certos temas polêmicos e de alto interesse nacional por parte das “instituições políticas” aos Tribunais. Os mais afoitos e extremistas de um Partido, ao se deparar com um tema de alto desacordo, não titubearão em destinar horas posicionando-se.

Não obstante, a maioria dos membros da camada política, temendo o ônus político e a possibilidade de não reeleição, acabam preferindo delegar ao Poder Judiciário a discussão de temas centrais. O caso *Dred Scott v. Sandford*, no século XIX, alude bem esse processo de deferência, por parte do Congresso, da questão da escravidão para a Suprema Corte dos EUA a qual não detinha muita força na época. Essa, todavia, acabou encarregada de decidir tal tema, tendo em vista as severas disputas da época entre aliados de Abraham Lincoln e os escravagistas, pois esses grupos não conseguiam chegar a um consenso e terminavam pressionando o Legislativo por uma resposta (GRABER, 1993. p. 46).

A partir disso, tal fenômeno pode ser percebido ao redor do globo abrangendo perspectivas que alargam o processo de judicialização da política. Indo além, hoje, é possível perceber uma “*judicialização da Mega Política*” (HIRSCHL, 2008. p. 94). Esse conceito refere-se a uma forte transferência aos meios judiciais, pelas instituições de caráter

tipicamente representativo, do dever de enfrentar importantes dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas na atualidade.

No mundo inteiro, é possível ver exemplos desse fenômeno se desenvolvendo. No Canadá, por exemplo, a Suprema Corte do país, no caso *Quebec Secession Reference*, decidiu acerca do bilinguismo e da possibilidade de secessão/dissolução de um Estado da nação. Para tal tarefa, tomou a imensa liberdade de traçar os pilares da Constituição Canadense os definindo como: federalismo, democracia, constitucionalismo e a proteção das minorias pelo Estado Democrático de Direito; assim, rechaçou a possibilidade de separação.

Nos Estados Unidos, a *Supreme Court* determinou, no caso *Bush v. Gore*, o futuro das eleições estabelecendo que não se deveria realizar uma recontagem dos votos e, então, proporcionando o cargo de presidente dos EUA à Bush. Na Argentina, no caso *Corralito*, a sua Suprema Corte decidiu sobre a constitucionalidade dos planos econômicos adotados pelo governo que limitavam a retirada de depósitos relacionados à contas correntes ou poupanças destinadas à transferências ao exterior e à troca de pesos por dólares. Israel demonstra esse fenômeno em inúmeras decisões de sua Suprema Corte, pois essa frequentemente se posiciona sobre os limites da laicização no país e da questão de identidade coletiva sobre o que é ser Judeu (HIRSCHL, 2008. p. 104).

Por conseguinte, essa crescente judicialização, de certa forma, influencia na escolha da postura do Judiciário e no próprio processo de escolha dos principais integrantes desse. Tendo em vista que, gradualmente, as mais altas Cortes são recorrentemente provocadas com demandas de alto cunho político e social, a escolha dos encarregados de julgá-las, por muitas vezes, é realizada com critérios referentes a interesses políticos e ao espectro ideológico dos possíveis julgadores (FONSECA; FONSECA, 2016).

A escolha dos magistrados para compor as mais altas Cortes, conseqüentemente, torna-se um elemento central do jogo político e acaba por ter fortes impactos em decisões posteriores, muitas vezes até modelando o espectro ideológico da Corte. Os tribunais tornam-se, assim, parte do jogo político e um recurso estratégico importante para a implementação, em muitos casos politicamente controvertidos, de um verdadeiro terceiro turno de deliberação e votação (VIEIRA; CAMARGO; GARRIDO; 2009. p. 2).

O ativismo judicial e a judicialização são fenômenos muito próximos e interligados. Todavia, também, detém distinções importantes que devem ser apontadas. Esses encontram-

se, por vezes, atrelados de forma que o primeiro acaba possibilitando o segundo. Mas, cabe ressaltar que essa relação não exprime uma causalidade ou uma necessidade. O ativismo judicial é uma atitude: o Judiciário, frente aos jogos de poder ou à inércia legislativa, adota uma postura mais intensa na interpretação da Constituição.

Entretanto, o ativismo deve ser visto com muita cautela. Ele tem o poder de ser parte da solução, mas, se utilizado em excesso, pode trazer vicissitudes para Democracia. Por isso, precisa sempre vir acompanhado de seu antônimo, a autocontenção judicial. Outrossim, o ativismo tem expandido a participação do Poder Judiciário, muitas vezes, interferindo no âmbito de atuação do Legislativo e do Executivo. Além disso, a expansão do Poder Judiciário a partir desta postura pró ativa o impõe uma responsabilidade na medida que “*a accountability judicial decisional impõe ao magistrado que, na sentença, apresente as principais informações sobre o caso e justifique por meio dos fatos, das leis e da constituição a sua decisão judicial*” (FILHO, 2012. p. 113).

Constata-se, também, por fim, a manifestação global, cada vez maior, de um papel político do Judiciário. Nessa conformidade, essa função política deriva da resolução de casos concretos a partir da interpretação e efetivação de princípios constitucionais com alta carga valorativa proporcionando um juízo de valor estabelecido por um discurso político-interpretativo nas decisões (COSTA, 2013. p. 41).

2.2 - Separação dos poderes e os riscos de uma supremacia judicial sufocante

O modelo tripartite de separação dos Poderes surgiu a partir de um ideal de harmonia e independência almejando o estabelecimento de uma interferência recíproca entre os Poderes para criar um equilíbrio saudável em que nenhum se sobrepusesse em relação aos outros ou cometesse abusos aos governados. A despeito disso, a ascensão do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, ao demandar uma postura mais atuante do Estado no tocante à vida dos cidadãos, suscitou a crise do modelo tradicional propagado por Montesquieu. Dessa forma, deixou de existir uma divisão explícita, rígida e estagnada das atribuições referentes ao Poder Legislativo, Executivo e Judiciário e começou-se a vivenciar a cristalização da ideia de funções dos Poderes. Sendo essas preponderantes, mas não exclusivas a um deles.

A constatação dessa crise do modelo tripartite clássico acabou por fomentar diversas teorizações trazendo novas perspectivas para ultrapassar os problemas da repartição do poder.

Partindo-se dessa noção de funções, o constitucionalista português Jorge Miranda, por exemplo, acaba por definir os três Poderes em 3 funções estatais: a função política subdividida em legislativa e governativa, a função administrativa e a função jurisdicional (MIRANDA, 1992. p. 92).

Já o norte americano Bruce Ackerman percebe uma “crise de governabilidade” no sistema presidencialista e propõe um parlamentarismo limitado enfocando a interdependência entre Legislativo e Executivo (ACKERMAN, 2008. pp. 664-668). Assim sendo, Ackerman reformula os ideais que dão sustento à separação dos poderes e elenca a democracia, a competência profissional e a proteção dos direitos fundamentais como legitimadores dessa nova separação encabeçada por instâncias como de integridade e de regulação.

O primeiro paradigma constitucional, o Estado de Direito, surgiu em face da doutrina liberal que visava o Estado figurando um papel de “mal necessário” devendo ser o menor possível, mínimo. Tal visão primava pelo Legislativo tendo-o como o Poder mais requisitado e impactante. No entanto, a emergência do segundo paradigma constitucional alicerçado no Estado Social trouxe à tona o ideal de um Estado atuante. Esse seria responsável pela garantia de direitos sociais originando a ascensão do Poder Executivo como propulsor de tais mudanças e, logo, tornando-o preponderante sobre os outros Poderes. Por fim, o terceiro paradigma constitucional alocou, no Estado Democrático de Direito, um forte protagonismo do Poder Judiciário formulando-o como real protetor dos direitos fundamentais.

Esse protagonismo do Poder Judiciário acabou desencadeando um processo de concentração de poder de modo que o *judicial review* se tornou um forte “método” de proteção da esfera dos direitos fundamentais. Aliado a isso, tal instrumento tornou-se foco de decisões que extrapolam a concepção clássica e rígida da separação dos poderes na medida que permitiu-se que o Judiciário assumisse o papel típico dos outros Poderes. Esse entendimento é perceptível ao notar a expansão de uma crescente judicialização das políticas públicas e da legitimação da atuação da jurisdição constitucional em meio à inércia legislativa. Nessa linha, a real harmonia entre os Poderes se traduz nos conflitos entre eles buscando uma plenitude das competências constitucionalmente estabelecidas. À vista de Madison, o conflito é essencial para um equilíbrio estável de sorte que a ambição de um acaba controlando a ambição do outro (BENVINDO, 2014. p. 72).

O instrumento do *judicial review* pode ser altamente benéfico na garantia de direitos fundamentais e, em várias ocasiões, corrobora para a construção de um Judiciário

independente e atuante. Entretanto, é essencial usá-lo com parcimônia e sabedoria aliando o ativismo e a restrição judicial de modo consciente. Caso contrário, corre-se o risco de se adentrar em uma Supremacia Judicial que asfixia os verdadeiros ideais democráticos e acaba concentrando muito poder em uma instituição.

A Constituição merece um respaldo da sociedade como um todo e seu pluralismo, sua concretização e sua interpretação são constitutivos das égides da democracia. O maior cuidado deve advir da percepção de que o estabelecimento das Cortes Constitucionais como atores predominantes da discussão constitucional alarga a distância entre Constituição e uma política democrática. Assim, uma vez que a interpretação constitucional se torna exclusiva e final nas mãos das Cortes, a política democrática se distancia da própria Constituição (GODOY, 2015. p. 44).

Na verdade, o substancial é perceber que nenhum modelo é único. Relativizar é preciso, pois acreditar que um modelo é imutável e inevitável é, na realidade, iludir-se. A democracia demanda revisão e reelaboração de ideias, experimentação de novos conceitos e transformação de estruturas. Para tanto, muitas vezes, a melhor forma de iniciar tal compromisso é olhar para além das fronteiras. A partir desse olhar, é possível trazer melhorias e aprendizados para certas falhas presentes em um contexto. A forma em que se utiliza o controle de constitucionalidade das leis deriva, em boa parte, de uma *escolha* de apenas um dentre vários desenhos institucionais possíveis (TUSHNET, 2003. p. 2781), normalmente, compatíveis à história constitucional.

Ao observar a realidade de outros países como o Canadá e a sessão 33 de sua *Charter of Rights* com a famosa “*notwithstanding clause*”, é fácil verificar que o *judicial review* é utilizado de maneira muito diferente. Cada modo se mostra eficaz e benéfico para certos âmbitos e para certas necessidades, sendo, claro, importante perceber os contextos, mas sem deixar de observar novos horizontes.

O complexo binômio “*ativismo judicial-auto contenção*” se torna presente a partir do momento em que é necessário um equilíbrio entre seus componentes. É de suma importância que as limitações das instituições e de seus atores sejam levadas em conta, afinal, não se deve idealizar o intérprete ou buscar assemelhá-lo a um juiz hercúleo (VICTOR, 2015. P. 150). Na linha de Sunstein, o excesso de teorização na aplicação de princípio gerais pode até mesmo colaborar com uma divisão da sociedade (VICTOR, 2015. P. 153).

A aplicação da Constituição e das leis deve sempre levar em conta a capacidade institucional dos Poderes a fim de que, tendo em vista as distintas habilidades e limitações desses, possa-se concluir uma melhor aplicação. Em outras palavras, é necessário que perceber qual Poder está mais apto e com melhores condições para atuar e decidir o caso.

2.3 - Constitucionalismo Popular

A partir dos riscos de uma Supremacia Judicial que seja onerosa à democracia, uma bibliografia robusta foi se formando. Assim, é crucial expor, mesmo que sucintamente, uma das possíveis saídas presentes na literatura que, apesar de muitas vezes serem criticadas como idealistas demais, concatenam ideais e valores deveras importantes para uma prática constitucional mais consciente e para a propagação de uma cidadania pujante.

O Constitucionalismo Popular apresenta-se como uma corrente altamente crítica e avessa à compreensão do Judiciário como detentor da última palavra sobre o real sentido da Constituição. Assim, aponta que a interpretação constitucional não se constitui meramente nos Tribunais, mas deve perpassar a comunidade como um todo. As reflexões e críticas teóricas desse pensamento são essenciais, pois vão muito além das proposições normativas

No momento em que Cortes afirmam que sua decisão finaliza o debate e a controvérsia interpretativa, inicia-se um problema. Os constitucionalistas populares reivindicam, ao criticarem o perigo que a supremacia judicial traz à cidadania, o resgate de um papel de protagonismo do povo na interpretação dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição e exprimem, assim, uma reflexão acerca do atual distanciamento entre o Direito vigente e as pessoas sobre as quais esse recai. Ou seja, busca-se desafiar e questionar um Direito que, originalmente, as pertence, mas que, na prática, essas mesmas pessoas não o possuem (GODOY, 2015. P. 18).

A associação entre supremacia constitucional e supremacia judicial interpretativa é equivocada devendo ser observada com maior cautela. O constitucionalismo popular pretende recuperar o sentido ativo da comunidade compreendendo que essa visão demasiadamente centrada nas Cortes pressupõe que a confiança e validade das respostas aos problemas constitucionais advindos de outros espaços sociais só sejam adquiridas a partir do reconhecimento da própria Corte (TUSHNET, 1999. p. 186). Todavia, mesmo partindo-se das origens do constitucionalismo americano, nos seus *foundingfathers*, a autoridade interpretativa final residia na comunidade (KRAMER, 2014. P. 97). Afinal, todos aqueles que

vivem a Constituição têm a responsabilidade e o poder de interpretá-la (HÄBERLE, 1997), ela deve ser vista como um objeto de reivindicação popular.

É, visivelmente, inviável e até perigoso fazer com que o povo decida de forma direta sobre todos os significados da Constituição e é importante frisar que não é isso que essa corrente expõe. Constitucionalismo popular é diferente de populismo ou de ditadura da maioria. Na realidade, essa visão suscita a perspectiva de que a Constituição não pode ser entendida apenas como um “documento técnico” administrado por juristas e distante do povo (GODOY, 2015. P. 96). O constitucionalismo popular, portanto, busca defender um amplo debate público participativo na discussão acerca da “Constituição Fina”, isto é, dos compromissos fundamentais e imodificáveis do povo e as bases estruturantes da sociedade (TUSHNET, 1999. pp. 9-12).

A análise da Constituição fora das Cortes não implica em um papel irrelevante do Judiciário, há, na verdade, o reconhecimento de que ele é um ator importante na concretização constitucional, mas não o único. Desse modo, essa vertente variada e complexa convida à reflexão em torno da existência de uma interpretação constitucional extrajudicial e, conseqüentemente, da função de atores não-judiciais na construção do significado de uma Constituição (NETO, 2014. p. 1).

3 – Estado democrático de direito, esfera pública e deliberação

3.1 - Habermas: a esfera pública e o poder comunicativo

Nesse contexto de interação entre a participação popular e o campo institucionalizado, no âmbito da tomada de decisões, é necessário explorar a obra de Jürgen Habermas. Sob a ótica da ética do discurso, Habermas almeja estabelecer um marco teórico baseado em um contexto ideal no qual o processo de formação discursiva e democrática de opiniões e vontades possua um acesso universal e que as contribuições dos diversos participantes desse debate detenham a mesma influência (HABERMAS, 1992. pp. 340-341).

Para tanto, o autor demarca a ideia fundamental de uma esfera pública para além de mero aparato estatal, estabelecendo-se como um espaço social do agir comunicativo utilizando sua estrutura comunicativa como arena e palco para o desenrolar da formação discursiva da vontade e das opiniões públicas (HABERMAS, 1992. pp. 435-436). Por conseguinte, ela é constituída por um *centro* ocupado por espaços institucionais “oficiais” do Estado e uma *periferia* formada pela sociedade civil e seus segmentos diversos.

Dessa forma, a esfera pública deve ser aberta, permeável e sensível para que atue como filtro das demandas e dos argumentos advindos dos diversos setores da sociedade e, então, transportá-los para o plano dos processos institucionais determinadores das decisões. Essa rede permite um fluxo comunicativo recíproco entre periferia e centro possibilitando uma influência mútua (HABERMAS, 1992. pp. 436) que favorece a pluralidade no sistema político e na sociedade.

Num ambiente em que a Democracia tem o Estado Democrático de Direito como uma de suas égides, a essência de uma sociedade verdadeiramente democrática deve estar fixada no princípio de que: a legitimidade das instituições reside na transformação de poder comunicativo em poder administrativo.

3.1.2 - Democracia, Procedimento e Deliberação

Para o autor, primeiramente, a democracia e a deliberação perpassam por uma noção de procedimento. Isto é, essa democracia procedimental busca afastar-se de juízos de valor substantivos acerca dos conteúdos normativos e dos resultados a serem alcançados.

Habermas demonstra que a sua visão de democracia deliberativa examina como o ponto principal do processo democrático a participação ativa dos cidadãos nas deliberações e na tomada de decisão por intermédio de um procedimento. Assim, a partir de uma concepção focada no espectro formal e normativo, visa aumentar a participação desses cidadãos ao fomentar uma cultura política democrática (LUBENOW, 2010. p. 245). Sendo, portanto, crucial o desenvolvimento de uma arquitetura eficiente dos desenhos institucionais.

O procedimento deliberativo da razão pública não se esgota na fase de discussão prévia à tomada de decisão. A despeito disso, tal procedimento pressupõe a finalidade de estabelecer decisões justificadas em razões que poderiam ser universalmente aceitas por todos envolvidos e afetados. Na realidade, Habermas tenta elucidar um procedimento apto a proporcionar a ascensão do maior número de vozes e de alternativas de ação possíveis para, então, garantir o direito de expressão e participação dessas vozes (LUBENOW, 2010. p. 245).

Essa visão de democracia busca ampliar a participação dos indivíduos nos processos de deliberação e de decisão. Assim, alia a formação de opinião “informal” com o âmbito “formal” de deliberação atuando, então, com um procedimento cuja legitimidade reside no amplo debate público em que argumentos racionais são expostos e o melhor desses sai

vencedor. Busca-se, por fim, na deliberação, um incentivo a formar uma prática política mais inclusiva, cooperativa, aberta, reflexiva, racional e horizontal (LEVY, 2013. pp. 7-8).

3.2 - A Última Palavra em um contexto de Deliberação

Num ambiente de ampla deliberação, a última palavra é relativizada. Visto sob um horizonte mais amplo e longínquo, seu caráter passa a ser provisório. À vista da permanência da comunidade política no tempo, a dita “última palavra”, de tempos em tempos, pode ser revisitada e, então, revista e alterada.

No exame a curto prazo, é claro que haverá uma última palavra, tendo em vista que existe, nos mais variados arranjos constitucionais e institucionais de um país, uma última instância decisória na qual não existem mais recursos institucionais adicionais. (MENDES, 2011. p. 44) Ou seja, existe, sim, uma “*Última Palavra Provisória*” - ela decide o caso “x” ou “y”, mas a decisão não é imutável. Ao inserir a variável “tempo” e observar a interação entre as instituições ao longo desse, torna-se necessário expor o conceito, também, de “*Rodada Procedimental*” que refere-se ao circuito decisório entre os Poderes até uma decisão final (MENDES, 2011. p.13).

Destarte, conclui-se que as Constituições preveem trajetos de vocalização institucional de projetos coletivos para solucionar conflitos. Esses trajetos, obviamente, possuem um ponto de origem e, após estágios intermediários, um ponto final. No entanto, esse ponto é final somente dentro de uma rodada procedimental a qual pode ser sempre recomeçada, logo iniciando, novamente, outro ciclo de discussão (MENDES, 2011. p. 116).

4 – Apontamentos sobre o Brasil

4.1 - Crise de representatividade e ativismo judicial no Brasil

Apesar dos benefícios que uma análise comparada pode fornecer, ao se falar em Brasil, é preciso, antes, construir reflexões acerca dos nossos problemas, tendo em vista o nosso próprio e peculiar contexto político e jurídico a fim de evitar possíveis transplantes simplistas de estruturas estrangeiras incompatíveis.

O Brasil possui um STF forte não apenas pelo acúmulo histórico de competências por esse, mas, também, por uma profunda crise do sistema de representação como um todo e, em especial, do Poder Legislativo. Os laços entre representantes e representados estão cada vez mais fracos e muito disso decorre da falta de inclusão das instituições. É inegável que há uma crise no sentimento de representação e da própria legitimidade, à vista de evidências como o atual declínio do comparecimento do voto tanto em sistemas de voto facultativo quanto obrigatório, um aumento da desconfiança por parte da população e um esvaziamento dos partidos políticos (MIGUEL, 2003. p. 124)

Esses problemas derivam, por exemplo, das constantes decisões verticalizadas - que não entram em contato com a base - e da tendência de centralização da agenda política aliada à insuficiência do voto na manifestação da intensidade da vontade (HIRSCHMAN, 1983. p. 103). Claramente, uma possível saída pode advir de uma redignificação do Legislativo buscando retomar sua legitimidade perdida (WALDRON, 1999. pp. 9-16). Todavia, esse processo levanta sérias dúvidas quanto a sua possibilidade de concretização à luz do contexto político-social brasileiro.

A adoção do controle de constitucionalidade da leis traz uma expansão da atuação do Judiciário para certas áreas do legislador e, dada a essa escolha, isso é perfeitamente normal. Um Judiciário forte pode ser benéfico para o fortalecimento da Supremacia Constitucional e para o acolhimento de demandas sociais que não são supridas pelos outros Poderes. Os desdobramentos da Constituição de 1988 firmaram uma série de promessas relacionadas à mudanças estruturais e sociais que trouxeram um ativismo quase inevitável. No Brasil, esse fenômeno possui causas marcantes como: a redemocratização, a constitucionalização abrangente em diversas matérias e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2012. p. 24).

Além disso, como já exposto, em relação aos casos polêmicos com alto grau de complexidade e relevância social, nota-se uma transferência de responsabilidades por parte do Legislativo para o Judiciário, pois os representantes eleitos temem um futuro ônus político-eleitoral. Como resultado, essa deferência do Legislativo e sua inércia velada consumam, também, no Brasil, uma concentração de poder no Judiciário, isto é, por trás de tal fato, existem ações estratégicas por parte das instituições jurídico-políticas.

O grande problema, no Brasil, está vinculado ao modelo de ativismo adotado pelo STF à vista de uma recorrente supremacia judicial nociva ao jogo democrático. Na linha de

Rodrigo Brandão, diversos julgados da Suprema Corte brasileira podem ser analisados a fim de demonstrar esse fenômeno, assim como o descumprimento de decisões judiciais pelo Legislativo e pelo Executivo (PESSANHA, 2011. p. 353).

Todavia, tendo em vista a extensão do trabalho, cabe citar de forma rápida certos julgados a fim de dar um respaldo empírico mínimo ao que já foi dito. Vários exemplos recentes podem ser explicitados como: a ADPF 402 (BRASIL, 2016), o MS 34.530 (BRASIL, 2016) e o MS 34.070 (BRASIL, 2016). Tais julgados representam os efeitos nocivos ao jogo democrático e à separação de poderes que a adoção de decisões monocráticas e de um ativismo judicial irrestrito trazem. Na medida que trouxeram conflitos interinstitucionais, acabam por enfraquecer a instituição (Supremo Tribunal Federal) aos olhos da população demonstrando uma desunião e contradição entre os membros da Corte e tendo sua decisão, na ADPF 402 e no MS 34.530, por exemplo, de certa forma, descumpridas pelo Poder Legislativo.

4.2 - STF, Última Palavra e Deliberação

Na verdade, a questão crucial reside na avaliação da consistência, da coerência e da qualidade dos atos praticados pelo STF. O seu real papel é o de preservar os direitos conquistados ao longo de nossa história constitucional e resguardar os valores expostos pela Carta Maior. Sob uma perspectiva realista, muito provavelmente, não vamos ter uma Corte contida, tendo em mente nossa história institucional. Isso traz uma série de aspectos positivos, entretanto, seus excessos devem, sim, ser criticados a fim de evitar um governo de juízes, uma Supremocracia ou até mesmo uma Juristocracia (HIRSCHL, 2007. p. 43) formadora de um progressismo seletivo.

Ao redor do mundo, é possível perceber a existência de Cortes fortes como na Alemanha e nos Estados Unidos. O cerne da questão, no Brasil, não se concentra em abolir o controle de constitucionalidade das leis ou de enfraquecer o STF dando maior responsabilidade a outro Poder. Na realidade, a doutrina brasileira precisa se preocupar com o excesso de individualismo de sua Corte, pois esse afasta um diálogo recíproco entre a instituição e o povo, bem como prejudica uma deliberação produtiva entre os próprios membros do Tribunal.

Atualmente, nota-se, no STF, a forte presença de decisões fragmentadas que se assemelham muito a uma mera soma de opiniões individuais lidas em voz alta no Plenário e

em forma de voto. A fim de afastar a difusão de decisões monocráticas e do estigma da composição do Supremo como 11 ilhas isoladas, é necessário um choque de colegialidade (MENDES, 2010) efusivo e intenso que proporcione uma deliberação autêntica.

A atenção pública deve se preocupar, principalmente, com a qualidade da decisão final e não somente com a deliberação em si como, hoje, faz-se. Afinal, a qualidade de “representante argumentativo” da sociedade pelo STF se dá, logicamente, a partir de uma legitimidade derivada de uma argumentação sólida, criteriosa e clara que tenha suas bases bem definidas para possíveis refutações. Destarte, em vez de maquiagem posicionamentos por meio do tecnicismo, deve-se assumi-los buscando refiná-los com a maior qualidade possível.

Referindo-se aos casos polêmicos e de alto interesse da imprensa e da população em geral, a existência da TV Justiça em todas as fases do processo deliberativo do plenário tende a ser uma forte (mas não única) variável prejudicial à deliberação dessas questões. Nesses casos polêmicos, cada membro acaba buscando a possibilidade de expor sua voz e demarcar sua opinião, numa espécie de “momentum televisivo” (MENDES, 2016). Por isso, essa publicidade, na verdade, traz um falso ideal de transparência, tendo em vista que, no fim, formam-se votos pré-construídos nos gabinetes e que não passaram por um amplo processo deliberativo que propiciasse um debate enriquecedor que testa esses argumentos e posicionamentos.

Parte-se do princípio de que uma deliberação justa, honesta e produtiva advém do pressuposto de um grau mínimo de “privacidade” que permite um diálogo sincero entre os participantes. Essa “privacidade” advinda, por exemplo, de reuniões privadas prévias é necessária para que os Ministros permitam uma indagação sobre suas premissas iniciais, uma possível mudança de opinião, um claro respeito às divergências e, o mais importante, não só falar, como ouvir. Obviamente, isso não se trata de uma tarefa fácil, pois exige um controle mútuo e muito claro de cada ego, mas tais reuniões permitem, ao menos em parte, uma deliberação mais genuína que afaste uma mera soma de votos desconexos. Somente assim, é possível fomentar uma jurisprudência sólida com argumentação coesa, racional e clara, isto é, por intermédio de um verdadeiro órgão colegiado.

Diversos estudos apontam um processo inibidor sob os tomadores de decisão em órgãos colegiados a partir da exposição pública (MENDES, 2016). Claro que não se deve prezar por um processo totalmente “às escuras”, pois isso seria altamente perigoso para o estabelecimento de um processo democrático, mas é extremamente plausível a defesa de

certos encontros privados prévios para discussão, ao menos, dos casos importantes e polêmicos. Obviamente, esse debate apresenta um forte argumento contrário que pondera se a transmissão televisionada das sessões seria um instrumento eficaz para fornecer aprendizado, conhecimento e uma maior publicidade das decisões ao público em geral.

Malgrado, ao se deparar com a experiência norte americana nesse âmbito, quando o mesmo debate foi exposto à Suprema Corte dos EUA, os juízes Stephen Breyer e Antonin Scalia - dotados de posições filosóficas e ideológicas opostas - expuseram, conjuntamente, diante do Senado, que o processo deliberativo é afetado e limitado com esse tipo de exposição. O objetivo, mais uma vez, não é tornar o processo totalmente fechado, mas perceber que certas mudanças procedimentais, da própria cultura do Supremo e da exposição pública podem fornecer perspectivas que melhorem, qualitativamente, o processo deliberativo e, conseqüentemente, as decisões finais.

O fomento de um espaço deliberativo com amplo diálogo que estimule uma real troca de argumentos a fim de se aprofundar nas nuances das discussões é essencial. Para tanto, as audiências públicas e os *amicuscuriae* são instrumentos tangíveis que podem permitir um diálogo efetivo entre o STF e a Sociedade (ou ao menos parte dela) em casos relevantes. A partir da análise de dados, concluiu-se que as audiências públicas e o *amicuscuriae*, quando aceito em conjunto com aquela, influenciam, sim, as decisões dos Ministros do STF (GODOY, 2015. p. 202).

Isso possibilita que as decisões tenham melhor fundamentação e estejam atentas às demandas de ambos os lados da questão ao utilizarem razões e argumentos expostos por intermédio dessas ferramentas. Assim, estimula-se uma permeabilidade do Supremo a fim de fomentar a participação de novos atores nas decisões ou na interpretação da Constituição. Todavia, o processo como se dá hoje precisa ser aprimorado, tendo em vista a discricionariedade dada ao Ministro Relator em viabilizar essa introdução de novas vozes no julgamento, bem como quem serão essas vozes (GODOY, 2015. p. 203).

Muito além do mero embasamento legal, a legitimidade e autoridade de um juiz se apoia na interpretação da lei em nome do povo (FALCÃO, 2015 p.79). Pessoas diferentes pensam de maneiras diferentes e, em boa parte dos casos de alta relevância, ambos os lados têm argumentos plausíveis que pessoas sensatas podem defender. Logo, para decidir bem, é preciso escutá-las e, somente após isso, fundamentar as conclusões de maneira transparente demonstrando, claramente, os métodos utilizados, as concepções abarcadas e o porquê de se

posicionar de tal forma. Por fim, nenhum Tribunal pode estar alienado as “vozes da rua”, todavia cabe ressaltar que isso não significa, no âmbito interpretativo, curvar-se à opinião pública majoritária, especialmente, em períodos de conjuntura a fim de agradá-la (MENDES, 2011).

A transformação de uma corte individualista em um real órgão colegiado perpassa por uma limitação do poder de obstrução dos Ministros (MENDES, 2016). Decisões liminares monocráticas e, especialmente, os pedidos de vista se mostram como uma problemática central dessa reflexão. Isso se dá, porque, na maioria das vezes, nota-se um claro desrespeito aos prazos regimentais e a uma real transparência que o Tribunal necessita. Casos são “engavetados” de forma que demoram muito tempo para voltar ao Plenário e os Ministros, muitas vezes, não são submetidos a uma espécie de *accountability* para responder os motivos dessa demora que é altamente seletiva, tendo em vista que outros casos são expostos ao plenário de maneira rápida sem argumentos convincentes para explicar tal diferenciação (MENDES, 2016).

Essa percepção demonstra a necessidade de repensar outro grande problema relacionado a definição de critérios mais claros para se definir a agenda do Supremo Tribunal Federal. O momento do estabelecimento da pauta é crucial, porque o Tribunal seleciona, escolhe e valoriza o que vai decidir, conseqüentemente, ilustrando suas prioridades e urgências que, por exemplo, podem ou não estar de acordo com a pauta do povo (FALCÃO, 2015 p.81). A determinação da pauta de julgamento é uma escolha política e é passível de certa flexibilidade, entretanto precisa de critérios mais transparentes e menos arbitrários (MENDES, 2016) para que essa disparidade de tempo e de temas seja amenizada.

É de suma importância notar que, para a realização dessas diversas melhorias, a utilização de uma maior seletividade sobre o que julgar é altamente necessária. Quantitativamente, o Supremo recebe um número inviável de processos com temas altamente relevantes e outros extremamente dispensáveis, assim é preciso saber escolher o que é crucial e focar nisso. O acúmulo de competências por parte do Supremo fez com que ele “inchasse” e, em seguida, apresentasse os verdadeiros “sintomas” dessa patologia (FALCÃO, 2015 p.64).

A exploração do instituto de repercussão geral e das súmulas vinculantes, por exemplo, pode ser essencial nessa jornada. Incluir, na pauta, julgamentos que, provavelmente, diminuam os incidentes processuais, controlar o abuso de recursos e coibir, na origem, processos “desnecessários” são medidas que podem ajudar e muito essa instância qualitativa

para deliberação (FALCÃO, 2015 p. 82). Mas, o que realmente se percebe é que essa seletividade, mais uma vez ilustrada na experiência dos EUA, é imprescindível, pois faz com que se julgue menos para julgar melhor. Outrossim, é dada maior atenção aos casos e permite-se um amplo debate na formulação de uma decisão bem fundamentada proporcionado um STF consciente de seus limites. É preciso racionalizar e reduzir a Jurisdição do Tribunal.

Considerações Finais

O estudo comparado de arranjos institucionais ao redor do mundo oferece, assim, uma série de realidades coexistentes e alternativas que servem como potente instrumento para desmistificar conceitos e instrumentos tal como postos em um contexto específico. Para além disso, a despeito de um mero transplante acrítico, olhar para além das fronteiras permite que se crie ferramentas para remodelar as instituições de um país.

A judicialização da política e o ativismo judicial devem ser vistos, à luz das diversas experiências no mundo, como fenômenos diferentes, mas próximos. O importante é perceber que tais problemas relacionados com a jurisdição constitucional estão para além do que o senso comum afirma. A adoção de uma postura ativista, na verdade, é, diversas vezes, seletiva visando os temas de interesse da Corte. Isto é, nota-se a existência de um progressismo seletivo.

Todavia, o “outro lado”, o Poder Legislativo, também corrobora com esse processo de fortalecimento e de expansão do Judiciário, bem como da judicialização da política. Isso se dá na medida que ele se omite de questões de cunho, primariamente, político e/ou moral por temer consequências eleitorais e políticas. Portanto, tais fenômenos dizem respeito à ações estratégicas por parte dos Poderes que legitimam ou criticam a atuação do outro de acordo com seu interesse na questão.

Apesar de ambos fenômenos serem bem mais complexos e pluridimensionais, o ativismo judicial responsável e benéfico deve vir sempre aliado da autocontenção judicial. Assim, a Suprema Corte observa sua legitimidade e sua capacidade institucional para decidir tal questão. Então, repensa suas atitudes visando a conservação de um ambiente democrático e deliberativo. Isso posto, a Corte deveria ser ativista especialmente no que diz respeito à garantia e à efetivação de direitos fundamentais de minorias atuando, então, deveras com uma legitimidade contramajoritária.

Na realidade, o artigo busca, ao fundo, transmitir que é essencial perceber a existência de um dever ético de transparência por parte de qualquer juiz. Não há nada de errado em admitir que todo juiz exerce, sim, diariamente, atos políticos, ao tomar posições e realizar escolhas para encarar as complexidades dos casos. Portanto, o julgador está sujeito e vinculado, conscientemente ou inconscientemente, a valores, à ideologias e à reflexões adquiridas no decorrer de sua vida. Independentemente de esforço contrário, o juiz acaba exprimindo suas preferências extralegais. Então, é preciso clareza e transparência na interpretação e no julgamento das normas e dos casos.

A partir desse ponto, deve-se atentar aos perigos da fundamentação técnica como uma verdadeira “maquiagem” de posicionamentos personalistas e discricionários que prejudiquem o escopo deliberativo de uma sociedade democrática consciente. A premissa é clara: o juiz, portanto, está vinculado, sim, ao direito, mas não se deve desconsiderar que suas ideologias e outros fatores extrajurídicos exercem forte impacto sobre suas decisões. Destarte, a crescente margem de liberdade interpretativa e a ascensão do Poder Judiciário como elemento central no jogo político a partir de uma postura ativista demandam um alto grau de responsabilidade por parte dos julgadores. Isso, pois, cada vez mais, tais atores vêm decidindo questões de alta complexidade moral e política. Em consequência, demanda-se, também, mais clareza e deliberação a fim de não suplementar decisões de fundo discricionário e alheias aos anseios da população.

É crucial deixar claro que não busco extinguir o controle de constitucionalidade das leis ou apoiar uma primazia do Parlamento, malgrado busco, na verdade, expor e alertar as vicissitudes e os perigos possíveis em um ambiente de supremacia judicial.

Nesse entendimento, cabe ressaltar que um Judiciário forte e independente é algo muito saudável para o país. Também, é válido elucidar que o *judicial review*, em não raras vezes, é um instituto importante e propulsor de efeitos altamente benéficos para a sociedade. Todavia, é preciso, por outro lado, sempre estar atento e lutar contra uma supremacia judicial sufocante que prejudique o jogo democrático e a própria cidadania. Isso significa, portanto, entre outras coisas, incentivar a participação popular na interpretação e na aplicação da Constituição que é, enfim, uma “procuração” do povo.

Seguindo a relação entre Constituição e Democracia, é necessário perceber que a democracia é rebelde e frágil, portanto, passível de desmoronar com os menores deslizes. Consequentemente, inovar é preciso. A tensão entre o constitucionalismo e a democracia é

inexorável de forma que se essa “balança” tender para um dos lados, pode trazer efeitos nocivos para a sociedade. Dessa maneira, a solidez da democracia reside em sua própria insegurança, isto é, na possibilidade de refutar seus pressupostos e alçar sempre novos horizontes repensando o papel das instituições e dos atores políticos. Reinventar instituições, rever conceitos e exercer uma cidadania ativa são pilares de uma sociedade democrática e emancipada.

Por fim, somente uma visão crítica, reflexiva e inconformada pode permitir a construção dessa democracia conquistada no dia-a-dia. Muito além da mera formulação de formas alternativas de governança, criticar o que é naturalizado é, gradualmente, alterar as bases que moldam nossa realidade e, assim, construir um novo contexto. Longe do mero fornecimento de respostas, o verdadeiro pensamento crítico busca refinar as perguntas.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**. Virginia: Virginia Law Review, v. 83, n. 771. 1996.

_____. **The New Separation of Powers**. Cambridge: Harvard Law Review, v. 113, n.1, p. 633-725, janeiro 2000. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **A “Última Palavra”, o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.51, n.201, p.71-95, 2014.

BENTELE, U. **Mining for Gold: the Constitutional Court of South Africa’s Experience with Comparative Constitutional Law**. Georgia Journal of International and Comparative Law v. 219, n. 37, 2009.

BICKEL, A. **The least dangerous branch**. 2. ed. Indianapolis: Bobbs-merrill Co, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 402 MC/ DF**. Min. Relator Marco Aurélio Mello. j. 5/12/2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-afasta-renan-calheiros.pdf>> Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. **MS nº 34.530 MC/ DF**. Min. Relator Luiz Fux. j. 14/12/2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-fux-dez-medidas-corrupcao.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. **MS nº 34.070MC/ DF**. Min. Relator Gilmar Mendes. j. 18/03/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2016.

BREYER, Stephen. **The Court and the World: American Law and the New Global Realities**. New York, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelickde; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHUEIRI, Vera Karamde; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174. Jan-jun 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e Interpretação**: entre Direito e Política. Fortaleza: Pensar, v. 18, n. 1, pp. 9-46, jan./ abr. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2448>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FILHO, Ilton Norberto Robl. **Accountability e Independência Judiciais**: O desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado Democrático de Direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35352/R%20-%20T%20-%20ILTON%20NORBERTO%20ROBL%20FILHO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

FONSECA, Gabriel; FONSECA, Reynaldo. **A reforma na Suprema Corte em um contexto de eleições nos EUA**. Brasília: *Mundorama* - Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais, v. 103, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://www.mundorama.net/2016/03/01/o-reforma-na-suprema-corte-em-um-contexto-de-eleicoes-nos-eua/>>. Acesso em: 14 de set. 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20-%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

GRABER, Mark A. **The Nonmajoritarian Difficulty**: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Department*, p.35–73, 2008.

GROPPI, Tania. **El uso de precedentes extranjeros por parte de los Tribunales constitucionales**. In: "Diálogo entre jurisdicciones". Coord. Gonzalo Aguilar Cavallo. Santiago de Chile: Librotecnia 2014, pp.83-108.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts**. *Annual Review of Political Science*, v.11, n.1, p.93-118, 2008.

_____. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism (Cambridge: Harvard University Press, 2004). Pp. 286.

HIRSCHMAN, Albert. **De Consumidor a Cidadão**: atividade privada e participação na vida pública. São Paulo: editora brasiliense, 1983. 145p.

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

KUHN, Thomas S. A. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LEVY, Ron. **THE LAW OF DELIBERATIVE DEMOCRACY: SEEDING THE FIELD**. *Election Law Journal*, Volume 12, Number 4, 2013 Mary Ann Liebert, Inc.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUBENOW, Jorge Adriano. **A Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas**. *Belo Horizonte: Kriterion*, vol.51, no.121, p. 228-253. Junho 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012>. Acesso em: 21 agosto. 2016

MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg. **The Judge as a Comparatist**. *Tulane Law Review*, n. 80, v. 1, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O STF é refém do capricho dos seus ministros. **Os Constitucionalistas**. Brasília, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em: 25 agos. 2016.

_____. Onze Ilhas. **Folha de S. Paulo** (reproduzido em: **Os Constitucionalistas**). São Paulo, 2010. (Brasília, 2010). Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>>. Acesso em: 25 agos. 2016.

_____. O Supremo ainda é muito obscuro. **Revista Época**. São Paulo, 2011. Disponível em:<<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI243786-15223,00-CONRADO+HUBNER+MENDES+O+SUPREMO+AINDA+E+MUITO+OBSCURO.html>>. Acesso em: 25 agos. 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. **Representação Política em 3-D**: Elementos para uma teoria ampliada da representação política. RBCS, Vol. 18, nº. 51. pp 123-193. Fevereiro/2003.

MIRANDA, Jorge. **Funções do Estado**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo FGV, v. 189, p. 85-99, jul./ set. 1992. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716 >. Acesso em: 31 jul. 2016.

MORGAN, Edmund S. **Inventing the People – The Rise of Popular Sovereignty in England and America**. Estados Unidos: W.W. Norton & Comp, 1988.

NETO, José Cerqueira Nunes. **O discurso de supremacia judicial e a resposta do constitucionalismo popular**. Brasília: Direito.Unb, 2014.

PESSANHA, Rodrigo Brandão V. **Supremacia Judicial**: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. Rio de Janeiro: Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.btd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2885>. Acesso em: 21 dez. 2016.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, Trad. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SOARES, Rogério Ehrhardt. **O conceito ocidental de Constituição**. Coimbra: Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 119, n. 3743-3744, 1986.

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

_____. **ALTERNATIVE FORMS OF JUDICIAL REVIEW**. Michigan: Michigan Law Review. n. 101, n. 8; Aug 2003.

VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade**: Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP)

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida M. L.; GARRIDO, Alexandre. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional**: a judicialização da política e o ativismo judicial. Rio de Janeiro: Versus (CCJE/UFRJ), v. 2, p.76-84, 2009.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Nova York: Cambridge, 1999.

