

## **REFORMA POLÍTICA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:**

**novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil<sup>1</sup>**

## **POLITICAL REFORM AND INSTITUTIONAL DIALOGUES:**

**new possibilities to overcoming the judicialization of politics in Brazil**

**Gabriel Lima Marques<sup>2</sup>**

**Cecília Caballero Lois<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

A crescente expansão do poder judicial no Estado Democrático de Direito vem sendo chamada por alguns autores de *judicialização da política*. Este fenômeno mundial é caracterizado por uma postura ativista dos juízes, que passam a interpretar “criativamente” o direito, ocasionando assim uma espécie de transferência do poder legislativo, antes concentrado nos poderes legislativo e executivo, para os juízes e tribunais. Objetivando encontrar respostas que auxiliem na diminuição desse problema do constitucionalismo contemporâneo, o presente ensaio, adota como marco teórico, autores das denominadas teorias dialógicas, que visualizam na associação entre supremacia do poder judiciário e *judicial review*, o principal motivo do ativismo judicial. Essas teorias defendem que a guarda da Constituição, não deve ser relegada a apenas um poder, mas sim que haja uma defesa compartilhada entre legislativo e judiciário. Neste sentido, para a adoção de um caminho alternativo a judicialização da política, identificam a necessidade de se realizar uma reforma política ampla que contemple a discussão a cerca de novos arranjos políticos, a adoção e aplicação de novos institutos, como também as formas de exercício e controle do poder. Assim, o presente trabalho conclui que para a mitigação da judicialização da política no

---

<sup>1</sup>Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Uberlândia – MG nos dias 06, 07, 08 e 09 de junho de 2012.

<sup>2</sup>Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador do Projeto CNJ/CAPES, equipe UFRJ. E-mail: gabriel-marques@hotmail.com.

<sup>3</sup>Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora de Produtividade do CNPQ. Pesquisadora do Projeto CNJ/CAPES, equipe UFRJ.

Brasil, faz-se necessária uma reflexão a cerca das propostas oferecidas pela doutrina dos diálogos, através de uma reforma política extensa e não apenas do processo eleitoral.

**PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Política; Teorias Dialógicas; Reforma Política**

#### **ABSTRACT**

The growing expansion of the Judiciary in a democratic state has been called by some authors of the judicialization of politics. This worldwide phenomenon is characterized by an activist approach of the judges, who pass to interpret “creatively” the law, causing a kind of transfer of legislative power, before concentrated on the legislative and executive powers to judges and courts. Trying to find answers to help in the decrease of this contemporary constitutionalism problem, this paper adopts as theoretical, the dialogical theories authors, who visualize the relationship between the judiciary supremacy and judicial review, the mean reason of judicial activism. These theories argue that the keep of Constitution, should not be relegated to only one power, but that has be a defense shared between legislative and judiciary branches. In this sense, for the adoption of an alternative way to the judicialization of politics, identify de need to realize a broad political reform, that includes a discussion about new political arrangements, the adoption and the application of new institutes, as well as forms of exercise and control the power. Thereby, this study concludes opining that for the mitigate, of the judicialization of politics in Brazil, is necessary a reflection about the proposals offered by the doctrine of the dialogues, through an extensive political reform, and not just about electoral process.

**KEYWORDS: Judicialization of politics; Dialogic Theory; Political Reform**

## 1. INTRODUÇÃO

Movido pela crença de que a reforma política no Brasil não pode ser pautada apenas pela discussão sobre o sistema partidário e o sistema de representação política<sup>4</sup>, mas que deve envolver um largo debate sobre as *estruturas políticas* que sustentam a nossa recente democracia, o presente artigo busca pensar em que medida o desenho institucional proposto pelo constituinte pátrio, no que tange, especialmente às competências e às funções de cada poder, acaba por não favorecer a compreensão de que o sistema político encontra-se efetivamente reduzido à problemas eleitorais e de representação, onde pela sua própria configuração constitucional, caberia ao poder judiciário tratar das *questões políticas de fundo*.

Com efeito, no Brasil, o constituinte influenciado pelo *strong judicial review* americano e, principalmente, por um receio para com os poderes executivo e legislativo<sup>5</sup>, optou por uma *estrutura política*<sup>6</sup> que veio a favorecer o desequilíbrio na separação dos poderes no país. De fato, esta estrutura que resulta da ambição de positivizar o maior número de matérias possíveis, bem como a confiança depositada no judiciário, conferiu a este último um protagonismo político nunca visto na história brasileira e acabou por desencadear um fenômeno bastante conhecido no estrangeiro chamado de *judicialização da política*<sup>7</sup>.

Embora no Brasil este fenômeno seja relativamente recente, trata-se de assunto já bastante conhecido e debatido por aqui, portanto, é importante ressaltar neste momento não se constitui em objetivo central deste trabalho efetuar profundas digressões sobre o mesmo. Ocorre que, paradoxalmente, este fenômeno *compõe o pano de fundo* que constitui o objetivo

---

<sup>4</sup> O debate a respeito da reforma política vem sendo realizado de maneira tão restrita, que a maioria dos artigos, livros e revistas, trabalha apenas os aspectos da reforma do processo eleitoral. Além disso, esses estudos vêm sendo produzidos em grande parte por políticos e alguns teóricos do direito, e sem a aderência e a confiança de que estas reformas serão suficientes, pela população em geral. Neste sentido, vide os Estudos Eleitorais, volumes 4 e 6, realizados pelo Tribunal Superior Eleitoral, que se encontram disponíveis em <<http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/>> Acesso em: 12 de março de 2012.

<sup>5</sup>, Em virtude do regime de exceção vivenciado anteriormente, e por receio da perpetuação da síndrome da inefetividade das normas constitucionais passou-se a ser vivenciado no Brasil o que se convencionou denominar de *Ubiquidade Constitucional*, conforme SARMENTO, D. *Ubiquidade Constitucional*: os dois lados da moeda. In: Revista de Direito do Estado, v.2, 2006.

<sup>6</sup> TATE. N.; VALLINDER. T. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 6.

<sup>7</sup> Podendo ser definido de forma sintética, uma vez que será trabalhado no ponto seguinte, como: “*either the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper.*” In TATE. N.; VALLINDER. T. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 13.

central deste artigo, uma vez que seu pressuposto fundamental é que a judicialização da política representa atualmente um importante instrumento de governo <sup>8</sup>, sendo, portanto, urgente e necessário incluir este problema quando se pensa em reforma política num sentido mais amplo<sup>9</sup>.

Aqui então já podemos vislumbrar o fulcro deste artigo. Trata-se de demonstrar que uma reforma política profunda pode fazer frente aos efeitos perversos da judicialização da política e reavivar o espaço público através da retomada do equilíbrio entre os poderes favorecendo um modelo de democracia deliberativa e, principalmente, estabelecer uma noção de comprometimento e responsabilidade conjunta entre executivo, legislativo e judiciário não apenas nas questões políticas, mas, em especial com relação à outra questão fundamental numa democracia, qual seja: a necessária proteção e guarda dos direitos<sup>10</sup>.

Para dar a este artigo a originalidade exigida de um trabalho acadêmico o mesmo irá valer-se das chamadas teorias dialógicas, ou seja, aquelas que tem como características unificadoras<sup>11</sup> a necessidade imperiosa de separar o judicial review da supremacia do poder judiciário; a possibilidade de criar novos mecanismos para a solução de questões políticas e proteção dos direitos que retirem do judiciário o monopólio da interpretação da Constituição, incentivando uma cooperação entre a sociedade, às instituições e os demais poderes constituídos que possuem mais legitimidade<sup>12</sup>.

Para alcançar o objetivo proposto, este trabalho encontra-se dividido em três partes. Num primeiro momento, será apresentado o problema da judicialização da política com uma

---

<sup>8</sup>Na medida em que, atualmente, governo e oposição não mais conseguem solucionar assuntos de natureza política sem a presença do poder judiciário.

<sup>9</sup> A reforma política em um sentido amplo coloca no centro do debate, não apenas as modificações do processo eleitoral e questões referentes à representatividade, mas também uma reflexão sobre o poder, suas formas de exercício e controle, e a arquitetura institucional desenhada pela Constituição.

<sup>10</sup> SHINAR. A. HAREL. A. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review*. Unpublished working paper, 2011. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1760963](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963)>. Acesso em: 12 de março de 2012. p. 3-6

<sup>11</sup> O que estas teorias preconizam, e que serão melhor contextualizadas no texto, é a participação das cortes, dos órgãos legislativos e da sociedade civil em um diálogo sobre princípios e políticas públicas. Promovendo, assim, uma aproximação entre o discurso jurídico e o discurso político dentro de uma perspectiva de “dar e receber” entre cortes e legislativo no que concerne ao significado dos direitos constitucionais.

<sup>12</sup> “*This idea of constitutional dialogue draws in part on a line of scholarship in the United States dating to Alexander Bickel’s famous 1952 treatise, The Least Dangerous Branch, about the desirability of some form of “give and take” between courts and legislatures in the interpretation of constitutional protections. It also draws on a much broader array of recent American constitutional scholarship on the benefits of cooperative constitutionalism, or what Mark Tushnet has called “weak-form” judicial review more generally.*” DIXON. R. *Designing constitutional dialogue: bills of rights & the new commonwealth constitutionalism*. 2008. 381 f. Dissertation (Doctor of Juridical Science) - Harvard University, Cambridge, 2008, p. 8.

única finalidade: demonstrar que o fato da democracia no país estar em dificuldade, ocorre devido a um problema na estrutura política e configuração da chamada teoria da separação dos três poderes, que possibilita um agigantamento do poder judiciário em detrimento dos outros poderes<sup>13</sup>. Assim, malgrado o poder judiciário tenha conseguido atender demandas históricas dos cidadãos (efeito positivo da judicialização), essa tentativa de correção da representatividade, passou a gerar um efeito contínuo de crise desses poderes representativos (efeito negativo)<sup>14</sup>.

Na parte seguinte procuraremos aprofundar, ainda que de forma sucinta em virtude da própria limitação estrutural do trabalho, o que os autores das teorias dialógicas vêm defendendo como possibilidades de se alterar a lógica política já há algum tempo institucionalizada em nosso país. Identificaremos aqui de igual modo algumas experiências positivas utilizadas em outros países para a diminuição desta manifestação.

À vista disso, na última etapa, buscaremos defender que a reforma política<sup>15</sup>, é a oportunidade que o congresso nacional possui para debater e fazer aplicar novos arranjos, seja importando institutos de direito comparado, como por exemplo, a cláusula canadense do *notwithstanding*, seja realizando uma reforma do sistema eleitoral que possibilite uma maior participação popular na coisa pública. A discussão aqui levará em conta que a reforma não deve ser apenas e tão somente eleitoral. O congresso necessita de igual modo se preocupar com o equilíbrio social e político, o que necessariamente perpassa por um debate a cerca de novas possibilidades na estrutura política brasileira, visando à superação das dificuldades acima apontadas.

---

<sup>13</sup> GARRIDO. A. GAMA. F. RIBAS. J. NEUENSCHWANDER. J. CAMARGO. M. STRUCHINER. N. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. V. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008, p. 53 e 54.

<sup>14</sup> VIEIRA, O. V. *Supremocracia*. Revista Direito do Estado, Ano 3, nº 12, 2008, p. 60

<sup>15</sup> RENNÓ. L. R. *Reformas Políticas no Brasil: Realizadas e Prováveis*. In: MULHOLLAND. T e RENNÓ. L. R. (Org.). Reforma Política em Questão. Brasília: Editora UNB, 2008. p. 13.

## 2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: breves apontamentos para a sua caracterização

Em um livro tão importante, quanto tão debatido e conhecido, *The Global Expansion of Judicial Power*, Tate e Vallinder<sup>16</sup> identificam alguns pressupostos para a judicialização da política em um país, sendo eles: a) a existência de um sistema político democrático; b) a separação dos poderes; c) o exercício dos direitos políticos; d) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; e) o uso dos tribunais pela oposição; f) a inefetividade das instituições majoritárias; g) as percepções sobre as instituições políticas; h) e a delegação das instituições majoritárias, o que em maior ou menor grau, acabam por serem visualizados por aqui.

Em relação a *democracia* e a *separação de poderes* os autores afirmam que são requisitos necessários para a expansão judicial, no sentido de fornecer condições para que o judiciário atue de modo independente dos demais poderes e que esteja em posição de igualdade em relação aos mesmos. Nas modernas democracias ocidentais, a independência judicial não se resume ao âmbito interno do judiciário, mas também se faz necessária diante das pressões econômicas e sociais, às quais os juízes estão expostos. Além destes dois fatores, Tate<sup>17</sup> aponta também a existência de uma *política de direitos*, ou seja, de um conjunto de direitos protegidos pela Constituição. A justiça constitucional muitas vezes atua como protetor dos direitos de indivíduos discriminados e de minorias étnicas ou parlamentares, que podem ter seus interesses prejudicados ou serem excluídos de participar do processo político, caso não haja nenhum controle sobre as ações da maioria.

Porém, ainda que as causas acima citadas sejam apontadas pelos autores como as *fundamentes* do problema, para os fins que este trabalho se propõe é essencial salientar que o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição; a inefetividade das instituições majoritárias; as percepções sobre as instituições políticas; e, a delegação das instituições majoritárias são as que mais interessam.

Com efeito, diante, principalmente, do fenômeno da hipertrofia do executivo, a oposição encontrou no poder judiciário um órgão de soberania do Estado, capaz de bloquear e corrigir uma política governamental que foi imposta sem um diálogo democrático. Esse jogo entre maioria e oposição faz parte do processo político na atualidade, mas quando não é bem

---

<sup>16</sup>TATE, N.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27

<sup>17</sup>Idem. Ibidem p. 29.

administrado, pode representar a *inefetividade das instituições majoritárias* e consequentemente facilitar a judicialização. Quando as coalizões de governo são frágeis e o poder executivo é incapaz de governar através de partidos com maiorias legislativas efetivas, há dificuldades em desenvolver políticas públicas eficazes e estas acabam se tornando objeto de instituições não-majoritárias como os tribunais, através de demandas iniciadas pela oposição.

Se os poderes eleitos diretamente pelo povo não conseguem resolver suas questões dentro do próprio processo político ou se os detentores do poder são expostos e julgados por suas ações através dos tribunais, isso gera *percepções ruins sobre as instituições políticas* e como consequência, segundo Tate<sup>18</sup>, o povo vê as instituições majoritárias como imóveis e corruptas e acaba por concordar com a criação política através do judiciário.<sup>19</sup>

Finalmente, ainda segundo Tate<sup>20</sup>, a última que contribui para a expansão do poder judicial é a *delegação das instituições majoritárias*, especificamente de seu poder de decisão aos tribunais. Assuntos polêmicos ou que envolvam política de direitos acabam sendo resolvidos judicialmente porque os custos políticos de uma decisão nesses casos são muito altos e podem prejudicar a imagem dos políticos. Acredita-se que esse fator faz com que a jurisdição constitucional seja utilizada como um mecanismo de fuga da responsabilidade de cada poder político, pois permite que os representantes não cumpram sua função e não assumam as posições decididas.

Estas seriam as condições estruturais que facilitam o surgimento do fenômeno da judicialização da política. Porém, de nada adiantaria que todos esses fatores estivessem presentes se os juízes não decidissem mudar de postura, ou seja, a judicialização da política depende também de uma postura ativista dos juízes. De acordo com Tate<sup>21</sup>, juízes ativistas esperam utilizar cada oportunidade em que possuem poder de decisão para expandir os valores políticos que apreciam, e se esses valores forem compatíveis com os das instituições majoritárias, haverá menos incentivo para que esses juízes “judicializem” o processo político.

---

<sup>18</sup>TATE. N.; VALLINDER. T. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 31.

<sup>19</sup>Ao falar da boa reputação em geral do poder judiciário, Tate se refere à confiança que os norte-americanos possuem na Suprema Corte.

<sup>20</sup>TATE. N.; VALLINDER. T. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 32.

<sup>21</sup> Idem. Ibidem, p. 34.

Historicamente colocado, este problema manifestou-se<sup>22</sup>, por um bom tempo, *somente os Estados Unidos da América, permaneceram como o único Estado a submeter às decisões emanadas do poder legislativo, dotado de legitimação democrática, à jurisdição constitucional*<sup>23</sup>. Exatamente por isso, foram os EUA, o primeiro país a detectar a ampliação da autoridade judicial, quando a *Supreme Court* passou a tomar decisões que substituíam a intenção do parlamento, na denominada era Lochner<sup>24</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos emergiram como um modelo de poder democrático, e conseqüentemente, o prestígio e a reputação da suprema corte norte-americana e do *judicial review* se espalhou dentro e fora do país. Com a queda do comunismo no leste europeu e o desaparecimento da União Soviética, os Estados Unidos tornaram-se a única superpotência mundial, favorecendo ainda mais a disseminação desse modelo, mundo afora.

Porém, guardadas as devidas proporções, a *Supreme Court*, foi editada para não falar de todo e qualquer assunto, em virtude da existência de uma cadeia de órgãos e instituições que decidem em última instância determinados assuntos, como por exemplo, as agências reguladoras, que praticamente emitem a última palavra em matéria de direito civil. Além disso, a própria corte pode se negar a falar de determinado assunto, sem inclusive realizar qualquer tipo de justificativa. Ora, tudo isto demonstra claramente, que até mesmo nos EUA, país responsável pela criação do *strong judicial review*, existem outras formas de solução de conflitos constitucionais, que não necessariamente perpassam pela manifestação onisciente da corte suprema.

Já no Brasil, após o fim do regime ditatorial, o constituinte, objetivando romper com o *status quo ante*, decidiu por editar uma Constituição ampla, que conferisse o maior número possível de direitos. E por desconfiança da concretização destes direitos pelos demais poderes, como também para preservar sua obra, resolveu conferir ao Judiciário o papel de

---

<sup>22</sup>O velho continente cultuou a soberania popular total, diminuindo o papel da Constituição, até a II Grande Guerra. Somente, a partir de então, a Europa, país após país, passou a adotar o tribunal constitucional como o responsável por evitar que situações como as que ocorreram anteriormente, voltassem a se repetir. Para tanto, conferiram a estes tribunais alargadas competências e proteção extensa, tirando o quanto possível as decisões do parlamento e do executivo.

<sup>23</sup>A despeito da diferença de posicionamento, neste ponto, concordamos com GRIMM. D. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. in: Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº 4. Rio de Janeiro: Renovar. Out/Dez 2006. p. 3.

<sup>24</sup>“The spectre of Lochner has loomed over most important constitutional decisions, whether they uphold or invalidate governmental practices” SUNSTEIN. C. R. *Lochner's Legacy*. Columbia Law Review. Vol. 87. 1987, nº 5.



árbitro das contendas constitucionais e políticas, aumentando assim consideravelmente sua importância na agenda do país<sup>25</sup>.

Fundamental aqui destacar que, nos primeiros anos de Constituição, apesar da confiança depositada, o Supremo Tribunal Federal (doravante STF), pautou-se em suas condutas, por uma atuação inibida, e de respeito aos demais poderes bem como ao sistema de freios e contrapesos<sup>26</sup>. À época, era algo comum, inclusive, a crítica de que se tinha uma nova Constituição, uma nova arquitetura de STF, porém os ministros ainda encontravam-se ligados a prática constitucional anterior. Para exemplificar esse fato, basta que recorramos ao caso do *mandado de injunção*, onde a atuação da corte na antiga composição limitava-se apenas ao fato de declarar em mora o legislativo<sup>27</sup>.

Ocorre que nos anos que se seguiram, graves problemas políticos e institucionais como, por exemplo, o mensalão, a cláusula de barreira, e as distorções no sistema de eleição proporcional, dentre tantos outros, desgastaram a imagem do parlamento frente à sociedade, e o STF já com uma nova composição e fortalecido com a emenda 45 passou a ser o centro onde gravitam os outros poderes constituídos, as demais instituições e a sociedade.

Com isso, o STF ao concentrar inúmeras funções<sup>28</sup>, passou a fazer questão de mantê-las, pois é desnecessário aprofundar a percepção de que quem está no ápice da cadeia política, fará de tudo para manter-se aí. Além deste fato, a postura subserviente dos poderes legislativo e executivo, passou de igual modo a incentivar indiretamente essa postura da corte. Assim,

---

<sup>25</sup>Neste sentido: *ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democrática como técnicos encarregados de produzir normas, em interação com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submetermos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante.* In GARAPON. A. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. p. 61-62.

<sup>26</sup>Atuação esta, denominada nos EUA, como *auto-contenção*, onde o próprio tribunal evita expor-se e absorver as funções dos demais poderes. Como exemplo de auto-contenção na Suprema Corte Americana, podemos citar o período de presidência de Willian Rehnquist (1986-2005), considerado conservador e, portanto, contrário ao ativismo judicial, auxiliou a limitar a aplicação de precedentes especialmente no que se referia ao Federalismo para que houvesse uma diminuição das funções legislativas do congresso, como no caso *United States vs. Lopez* (514 U.S. 549 de 1995). Soma-se a isso, o fato de que a corte, em mais de 200 anos de existência, apenas declarou a inconstitucionalidade de cerca de 150 leis federais. Neste sentido, ver respectivamente: HOFFER. P. C. HULL HOFFER W. J. e HULL. N.E.H. **The Supreme Court: an essential history**, 2007, p. 436. E FINE. T. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. In TAVARES. A. R. (orgs.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 371.

<sup>27</sup> Ver BARROSO. L. R. “*Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido*” in: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar: 2001

<sup>28</sup>*Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que na maioria das democracias contemporâneas estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados, ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário, e tribunais de recursos de últimas instâncias.* In VIEIRA, O. V. **Supremocracia**. Revista Direito do Estado, Ano 3, nº 12, 2008, p. 62.

nessa lacuna do sistema representativo, que não consegue resolver internamente seus problemas, e nesse arranjo político que favorece a concentração das decisões no STF, é que a atuação da corte passou a colocar em risco a própria democracia do país.

Logo, o que atestamos hoje é uma mudança de paradigma onde *o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional, passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria*<sup>29</sup>. O que acaba por gerar uma situação onde os instrumentos tradicionais da democracia passam a ser desvalorizados, favorecendo assim a ossificação do processo político, já que quanto menos espaço é deixado para a decisão política, as eleições importarão menos e será mais difícil obter uma alteração desse quadro<sup>30</sup>. Urge, portanto, restabelecer um equilíbrio entre os poderes que favoreça a um compromisso simultâneo entre os diferentes atores da democracia e, principalmente, compreender qual o verdadeiro sentido e alcance de uma Constituição em um Estado pluralista e democrático<sup>31</sup>.

### **3. TEORIAS DIALÓGICAS E DEMOCRACIA: compromisso político e abertura constitucional**

Desde o surgimento do estado, a história sempre demonstrou que a concentração do poder em uma única pessoa, ou em uma única instituição gerou inevitavelmente um abuso de poder. A solução moderna encontrada foi à separação desse poder em três funções e ainda a possibilidade de que os representantes de cada uma dessas funções se fiscalizassem entre si. Entretanto, a resposta moderna, não foi capaz de conter os avanços de um poder em

---

<sup>29</sup>VIEIRA, O. V. *Supremocracia*. Revista Direito do Estado, Ano 3, nº 12, 2008, p. 69.

<sup>30</sup>GRIMM, D. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. in: Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº 4. Rio de Janeiro: Renovar. Out/Dez 2006. p. 20.

<sup>31</sup>Conforme nos ensina Jeremy Waldron, uma corte, e especificamente um tribunal constitucional, pode rever a legislação elaborada pelo legislativo, porém, a pergunta correta a ser feita é quando ela deve assim atuar, e se isso for possível, quando suas determinações devem ser finais?Essa questão elaborada por Waldron, nos convida a analisar, por conseguinte, se em uma sociedade democrática e pluralista, ainda é sustentável atribuir ao poder judiciário a *última palavra* a todo e qualquer assunto de ordem constitucional. Trata-se de verificar se tal prática constitui-se em atributo indispensável de uma ordem constitucional comprometida com a radical defesa dos direitos e da democracia ou se, por outro lado, existem arranjos institucionais alternativos, tais como os propostos pelas teorias dialógicas (tema a ser estudado no próximo capítulo) onde este mesmo objetivo poderia ser alcançado sem os já apontados, riscos democráticos (ativismo judicial/judicialização da política). WALDRON, J. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal 115:1346, 2006. p. 1363.

contraposição aos demais. É justamente neste ponto, que as teorias dialógicas pautam-se, uma vez que observando a expansão do poder judiciário no mundo, debatem soluções para que não vivenciemos no futuro uma “ditadura do judiciário”.

Com o intuito de superar a tensão existente entre democracia e constitucionalismo<sup>32</sup>, as teorias dialógicas contrapõem-se diretamente teóricos defensores da supremacia do poder judiciário. Essas teorias nascem precipuamente no seio dos países pertencentes à comunidade britânica, justamente por serem países, cuja matriz jurídico-política dá maior importância ao parlamento. Exatamente por isso, defendem os autores dialógicos que o poder legislativo deve figurar como co-responsável pela defesa e guarda dos direitos, e conseqüentemente da Constituição, retirando, assim, a exclusividade desse encargo do poder judiciário<sup>33</sup>.

O objetivo principal das teorias dialógicas é o de encontrar uma solução para que os direitos fundamentais e a guarda da constituição sejam protegidos judicialmente, porém, não de forma total e concentrada, evitando-se assim os riscos da judicialização da política e do ativismo judicial tão freqüentes nos países que pregam a supremacia do judiciário, como no caso de Estados Unidos e Brasil.

De forma sintetizada, podem-se resumir como principais vetores das teorias dialógicas: 1) *o restabelecimento do equilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática*; 2) *a defesa de um weak judicial review como contraponto aos riscos de um ativismo judicial*, e por fim, 3) *a concretização dos direitos fundamentais, notadamente em favor dos seguimentos minoritários*<sup>34</sup>.

O primeiro argumento importante que as teorias dialógicas tomarão para alcançarem os vetores acima expostos, é o de que a supremacia do poder judiciário, não se confunde com a supremacia da Constituição. Desta forma, sendo duas noções distintas, é errôneo reconhecer que cabe apenas ao Judiciário a última palavra no sentido da Constituição. Essa associação é na verdade fruto de escolhas políticas realizadas devido a uma leitura apressada do célebre caso *Marbury vs Madison*, e não de uma associação natural<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup>GARGARELLA. R. *La justicia frente al gobierno*: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 128.

<sup>33</sup>GARDBAUM. S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 49, 2001, p. 708.

<sup>34</sup>TAVARES. R. S. e BERMAN. J. G. *Teorias Dialógicas e os sistemas de Constituições não escritas*: O caso Israelense. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, p. 2165.

<sup>35</sup> GRIFFIN. S. *Enfim a Hora da Democracia?* A Nova Crítica ao Judicial Review. In: BIGONHA. A. C. A e MOREIRA. L. (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 289.

Essas teorias operam em um primeiro momento, no nível do que poderia ser considerado uma *epistemologia constitucional*. Isto porque, seu passo inicial é desconstruir a semântica tradicional que associa diretamente a supremacia da Constituição à supremacia do judiciário, a partir da releitura do voto do *Chief Justice*, John Marshall, que consagrou duas proposições fundamentais: (a) a constituição é a lei suprema e deve prevalecer diante de qualquer ato que a afronte; e (b) a função tradicional do judiciário é aplicar o direito e anular normas que (ainda que provenientes diretamente da soberania popular) entrem em conflito com o texto constitucional<sup>36</sup>.

De fato, não há, na decisão em tela, nenhum elemento que conduza à associação aqui questionada. Nesta questão, há então que se concordar com Griffin<sup>37</sup>, para quem a referida associação (supremacia da constituição = igual a supremacia do poder judiciário) é posterior e comporta elementos políticos da época reafirmando esta ideia. As teorias dos diálogos institucionais irão sustentar que atribuir o poder de controle de constitucionalidade unicamente ao poder judiciário é uma questão de escolha política e não de decorrência natural ou de necessidade lógica.

Além disso, cumpre-nos fazer uma distinção importante para o presente trabalho, vez que há uma divisão interna nas teorias dialógicas. José Guilherme Berman e Rodrigo de Souza Tavares<sup>38</sup>, em estudo sobre o tema, realizaram uma codificação de suas diferentes vertentes, que pode ser resumida da seguinte forma: 1) teorias dialógicas de método judicial; 2) teorias dialógicas de método estrutural e 3) teoria dialógica de fusão dialógica.

As teorias dos diálogos que propugnam uma relação pautada em métodos judiciais, defendem em síntese, apesar de haver uma subdivisão interna (que aqui não será tratada) que o judiciário deve funcionar como o tutor constitucional do parlamento. *Caberia ao STF atuar como instância jurídica de reflexão, correção e aprimoramento do debate parlamentar*<sup>39</sup>, o que não contribui em nada para a superação da *juristocracia*, posto que o legislativo permaneceria em posição inferior em relação ao judiciário. O comprometimento do princípio

---

<sup>36</sup>Conforme. SOARES. B. de O. *Diálogos institucionais*: (uma)releitura da supremacia do judiciário. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito essencial para a obtenção do título de mestre em direito.

<sup>37</sup>O autor aponta a desconfiança das elites em relação ao povo como uma delas. Conforme. GRIFFIN, S. Enfim a Hora da Democracia? A Nova Crítica ao Judicial Review. In: BIGONHA. A. C. A e MOREIRA. L. (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 289.

<sup>38</sup>Ver SILVA, C. A.; MOURA, F.; BERMAN, J. G.; VIEIRA, J. R.; TAVARES R. S. e VALLE. V. R. L. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>39</sup>VIEIRA, J. R.; CAMARGO, M. M. L. e SILVA, A. G. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional*: a judicialização da política e o ativismo judicial. Campinas: Versus, 2009.

democrático seria praticamente o mesmo. Aqui se encontra, a título de informação, como um dos teóricos mais importantes dessa corrente, Cass Sustein<sup>40</sup>.

Por outro lado, a corrente estrutural da teoria dos diálogos, entende que por intermédio de mecanismos institucionais e/ou políticos, distintas instituições podem contribuir para a interpretação da Constituição e a conseqüente concretização dos direitos fundamentais nela contidos. Dentro dessa segunda categoria, existem de igual modo subdivisões que podem ser definidas sinteticamente como a) teoria de construção coordenada, que entende que o papel de interpretar a Constituição é repartido entre os poderes, cada qual possuindo a palavra final na interpretação daquilo que é de sua competência; b) teoria dos princípios jurídicos que entende que o judiciário possui competência para solucionar questões que envolvam princípios jurídicos. Haverá então diálogo, se e somente se, o judiciário comete algum equívoco, quando seria corrigido por um controle político; c) teoria do equilíbrio, que exclui o judiciário de qualquer função que o possibilite tratar assuntos relacionados a direito, devendo apenas ser uma das instâncias de discussão, para que a sociedade solucione o conflito. A idéia é a de que toda a sociedade dialogue; e por fim a d) teoria da parceria, que visualiza nos mecanismos institucionais a forma de fortalecer o diálogo constitucional. O parlamento, com o *know how* de estabelecer políticas coletivas, e o Judiciário como o órgão capaz de identificar situações em que a função legislativa prejudica os direitos individuais, se complementariam para o fortalecimento dos direitos fundamentais<sup>41</sup>.

Algumas dessas teorias atualmente vêm encontrando guarida e sendo experimentadas em alguns países, como Canadá, Israel e Nova Zelândia. Porém, o caso que mais chama a atenção dos estudiosos do direito que vêm dando atenção ao tema, sem sombra de dúvidas remete a *Canadian Charter of Rights* de 1982, que possibilita que o legislador estabeleça uma interpretação distinta daquela elaborada pelo poder judiciário.

A arquitetura da carta, é tida por muitos autores<sup>42</sup> como sendo um exemplo de que é possível um equilíbrio, entre corte constitucional e democracia na medida em que você não concentra a interpretação da Constituição na corte suprema. Os exemplos dados pelos autores,

---

<sup>40</sup>Ver SUNSTEIN. C. *One Case at a Time*: Judicial Minimalism on The Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

<sup>41</sup>BATEUP. C. *The Dialogic Promise*: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, nº 3, p. 1136 à 1174. Cabe registrar que no presente artigo, iremos nos valer da *teoria de difusão dialógica*, ou seja, aquela cuja pretensão é realizar uma fusão entre as teorias estruturais do equilíbrio e da parceria. Aqui, o judiciário atua como um facilitador das discussões centrais do constitucionalismo dentro da sociedade, o que favoreceria uma maior aceitação por parte dos cidadãos.

<sup>42</sup>Ver LINARES. S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

referem-se sempre a dois institutos: o do *overriding* e a cláusula do *notwithstanding*. O primeiro possibilita ao parlamento definir o conteúdo dos direitos fundamentais, pautando-se sempre pela razoabilidade, e a segunda se usada pelo legislativo no momento em que edita uma lei, esta fica protegida de qualquer discussão quanto a sua constitucionalidade. Porém, se o legislativo não a utiliza, o judiciário pode declará-la inconstitucional. Entretanto, após essa declaração, o parlamento pode servir-se desta cláusula e reeditar a mesma lei tida como inconstitucional, a protegendo também de futuros ataques e discussões quanto a sua constitucionalidade. A lei, portanto, teria uma presunção absoluta de constitucionalidade.

O que é perceptível neste exemplo canadense, é a possibilidade da definição do sentido e do alcance dos direitos fundamentais e da interpretação constitucional, seja compartilhada dinamicamente entre diferentes instâncias de poder por meio de um diálogo institucional e argumentativo. Assim, não há uma palavra final única sobre o conteúdo dos direitos, não há uma interpretação hermeticamente fechada do alcance da Constituição, o que efetivamente ocorre, é uma contribuição de cada um dos poderes, o legislativo e o judiciário para que os direitos tenham uma máxima proteção.

Nesta mesma linha, da possibilidade de um diálogo, de um trabalho em conjunto de natureza constitucional e política entre legislativo e judiciário, é que Roberto Gargarella, alude que controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, não pode ser submetido a apenas um órgão. Assim, segundo o autor, existem três modelos desse tipo de controle: 1) Conservador; 2) Populista e 3) Radical não populista ou genuinamente radical<sup>43</sup>.

O primeiro modelo, de matriz americana, defende um judiciário isolado do debate público e especializado em solucionar questões constitucionais para conter as paixões momentâneas do legislativo. Já o segundo, de matriz mais britânica, pretende restringir ao máximo a capacidade dos juízes de declarar inválidas as leis produzidas pelo parlamento. E o terceiro modelo, considerado um modelo híbrido, misto, pretende justamente privilegiar as decisões tomadas majoritariamente no parlamento, porém, levando em conta, que em determinados momentos este pode falhar, relegando ao judiciário a tarefa de reafirmar ou aperfeiçoar a vontade popular.

Para o autor, este último modelo, é o ideal para um controle de constitucionalidade que concretize o diálogo institucional. Desta forma, segundo ele, três questões são necessárias

---

<sup>43</sup> GARGARELLA. R. *La justicia frente al gobierno*: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 47-58.

serem levadas em consideração para aplicação desse modelo: a) a aplicação da técnica de reenvio de leis, como na *Canadian Charter of Rights*; b) o fortalecimento da vinculação entre poder judicial e grupos minoritários<sup>44</sup>, que entende que o judiciário deve agir, se e somente se, as regras da maioria vierem a prejudicar ou diminuir de alguma forma os direitos das minorias; e por fim c) a necessidade se promover uma reforma política. Esta última é particularmente importante, pois, de acordo com Gargarella, é capaz de fomentar o diálogo entre os poderes sobre o conteúdo dos direitos. Ao valer-se da participação dos representantes do povo em caso de disputas sobre o sentido dos direitos, o instituto do reenvio legislativo, por exemplo, cria um sistema de responsabilidade compartilhada, fomenta o diálogo e, ainda, promove-se um sistema de proteção contra as falibilidade dos processos decisórios<sup>45</sup>. Para isto, é necessário que se proceda a uma reforma política que não seja apenas e tão somente uma reforma eleitoral, mas que considere, entre tantos outros elementos, o problema da judicialização da política como algo que transcende as fronteiras da interpretação constitucional e seja compreendida como o resultado de uma estrutura política que pode ser criada e recriada sempre a partir de princípios democráticos

#### **4. REFORMA POLÍTICA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: o justo equilíbrio para a superação dos dilemas da judicialização da política no Brasil**

Desde meados da década de 90, o debate acerca da reforma política vem movimentando o congresso nacional. Contudo, a exceção de modificações pontuais<sup>46</sup>, pouco foi realizado pelo parlamento com o objetivo de se obter uma efetiva reforma, que repense as instituições e o sistema eleitoral brasileiro<sup>47</sup>, sendo o tema relegado ao ostracismo por um considerável tempo. Esta questão com um enfoque mais profundo, que por longo período

---

<sup>44</sup> Conforme ELY, J. H. *Democracia e Desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>45</sup> *En suma, el reenvío se presenta como un mecanismo institucional, en principio, idóneo, para satisfacer muchas de las finalidades defendidas en este trabajo: la promoción de 'diálogo' institucional, la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema constitucional*. GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>46</sup> Como por exemplo: a alteração realizada em 2007 na Lei Federal 9096/1995, que regulamenta os Partidos Políticos no País.

<sup>47</sup> RENNÓ, L. R. *Reformas Políticas no Brasil*: realizadas e prováveis. In Reforma Política em questão. MULHOLLAND, T. e RENNÓ, L. R. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2008. p. 30 ss. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 de março de 2012.

permaneceu esquecida, foi reacendida recentemente em razão da instituição, no fim do ano de 2010, de uma comissão em cada casa do congresso para a (re) discussão do tema.

Conforme assevera Vânia Aieta, *a reforma se faz necessária quando as estruturas já estão superadas ou não conseguem se concatenar com as novas exigências da realidade política*<sup>48</sup>. Assim sendo, pode-se definir que reforma política é gênero, do qual reforma eleitoral é espécie, vez que os assuntos a serem debatidos naquela, englobam objetivos mais amplos, enquanto nesta, objetos mais específicos. Com isso, os pontos suscitados hodiernamente no âmbito do congresso, embora possuam de igual modo a sua importância, não combatem na raiz, o problema político do país, já que o motivo pelo qual vivenciamos as aflições acima reportadas, baseia-se justamente nessa falta de correspondência estrutural entre as exigências da realidade política e a arquitetura institucional codificada, como foi muito bem esclarecido por Aieta.

Desta forma, não poderia o congresso em se tratando de reforma política, se alijar do debate de matérias como democracia deliberativa, diálogos institucionais, e alterações do sistema eleitoral. Porém, algumas das propostas veiculadas e debatidas atualmente nas comissões e nas plenárias de ambas as casas do parlamento são: o financiamento público de campanhas, a fidelidade partidária, o voto em lista fechada, e a possibilidade de adoção de um sistema distrital, ou distrital misto, apenas para citar alguns exemplos. O que denota cristalina, que a preocupação dos parlamentares remete-se apenas às alterações de ordens eleitorais e partidárias.

Na esteira da omissão e da dificuldade do parlamento em chegar a um acordo sobre os aspectos da referida reforma, o STF, malgrado não possa iniciá-la, ao ser convidado a manifestar-se sobre assuntos desta natureza, paulatinamente a vem realizando de forma indireta. Um exemplo que pode ser dado é o caso da fidelidade partidária<sup>49</sup>, tema que vem sendo rediscutido nas comissões e que teve o sentido constitucional definido pelo Supremo em 2011, em razão da impetração de um mandado de segurança. Esse fato demonstra que as matérias que atualmente vem sendo discutidas no âmbito do congresso, correm o sério risco

---

<sup>48</sup>AIETA. V. S. *Reforma Política*: Estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro, Tomo V. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006. p.16.

<sup>49</sup>No MS 29988, a Suprema Corte reafirmou que o mandato eletivo pertence ao partido político (e não à coligação pela qual se elegeu) e que, portanto, em caso de vacância, o partido tem o direito de manter a representação obtida nas eleições.



de serem no futuro revistas pelo poder judiciário, se a estrutura política do *strong judicial review* for mantida.

Assim sendo, parece claro que parlamentares vencidos nas votações do congresso, não se intimidarão em levar essas matérias para ao STF para uma análise de sua constitucionalidade, o que contribuirá para que também na matéria das reformas eleitoral e partidária, o Supremo tenha a última palavra, o que seria uma evidente contradição.

Por conseguinte, apenas uma reforma do processo eleitoral como vemos, não é suficiente para a superação da judicialização da política causada pela vinculação entre controle de constitucionalidade e Supremacia Judicial, vez que este problema estrutural que depende sempre da última palavra da corte suprema no que tange ao sentido da Constituição, permanecerá. O que se faz necessário são modificações estruturais que incluam igualmente o judiciário<sup>50</sup>. Assim, para uma fortificação do parlamento e o consequente fortalecimento da democracia no país, demandas como a diminuição das funções do STF e a possibilidade de diálogos entre corte e parlamento no que tange a interpretação constitucional se fazem tão necessárias, quanto discussões acerca de alterações no processo eleitoral, que aproximem os eleitores de seus eleitos. E é neste ponto que as teorias dialógicas possuem grande contribuição a ser dada, para que em conformidade com o que teorizou Montesquieu, os poderes possam conviver não apenas harmonicamente entre si, mas também de forma coordenada.

Nesse diapasão, técnicas como a do “reenvio”, identificada por Roberto Gargarella como uma importante ferramenta para que o sentido da Constituição não seja definido apenas pelo poder judiciário, se tornam tão importantes e necessárias para serem pensadas no âmbito de uma reforma ampla da organização política do país. Por este instrumento o judiciário poderia reenviar uma lei julgada inconstitucional para que o parlamento revisse e repensasse tal lei<sup>51</sup> o que favoreceria uma cultura de respeito e não de sobreposição entre a corte e o congresso.

Outras interessantes ferramentas que poderiam ser pensadas para a superação da judicialização da política, seriam a cláusula canadense do “não obstante” e as chamadas

---

<sup>50</sup>TUSHNET, M. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton University Press, Princeton. 2001, p. 175.

<sup>51</sup>GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno*: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996. p.173.

*advisory opinions*<sup>52</sup>. A primeira permite que o parlamento aprove por meio de uma maioria qualificada uma lei que colida com o texto constitucional, por um prazo de até no máximo 5 anos, e desde que não veicule determinados temas proibidos pela própria Constituição, como por exemplo o direito fundamental de ir e vir. Já a segunda permitiria que o legislativo consultasse a suprema corte, para a elaboração das leis. O STF, portanto, manifestaria a sua opinião sobre um determinado projeto de lei<sup>53</sup>.

Tudo isso nos leva a perceber que é errônea a correlação entre supremacia judicial e última palavra quanto ao sentido de uma Constituição<sup>54</sup>, e que a adoção dessas ferramentas no país por meio de uma reforma política, permitiria uma mitigação do ativismo judicial que vivenciamos. Neste sentido, repensar o modelo de controle de constitucionalidade, optando-se por um *weak judicial review*, por meio da adoção de institutos de direito comparado como os acima citados, permitiria o alcance de um equilíbrio entre a supremacia do poder judiciário e a soberania parlamentar.

Na prática cotidiana esse diálogo não existe ou ocorre de forma muito simples, praticamente incipiente<sup>55</sup>. Entretanto, com a adoção desses institutos, haveria uma guarda complexa do sentido do texto fundamental, em uma sociedade que é tão complexa quanto, e que não pode ver uma minoria intelectual de juízes impor de forma definitiva o sentido e o alcance do texto constitucional.

Essas alterações propostas possibilitariam um reforço do parlamento, ou seja, contribuiriam para uma maior participação popular na concretização dos objetivos constitucionais. Deste modo, a solução para a judicialização da política, é repensar a arquitetura institucional preconizada pela Constituição e que já não mais corresponde a realidade fática. Assim, para que alcancemos uma democracia cada vez mais sólida, se faz

---

<sup>52</sup>HOGG, P. W. *Constitutional law of Canadá*. 3ed. Toronto: Carswell, 1992.

<sup>53</sup>GODOY, M. G. de. *Constitucionalismo e Democracia*: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito essencial para a obtenção do título de mestre em direito. Curitiba, 2011. pp. 105 e 106.

<sup>54</sup> Neste sentido: KRAMER, L. D. *The people themselves* – popular constitutionalism and judicial review. Oxford University Press: Oxford, 2004.

<sup>55</sup> Há indícios de que em alguns momentos a corte assumiu uma postura mais dialógica. Veja-se, por exemplo, RE 197.0917-8 <sup>55</sup>. Ao dar provimento ao recurso, o STF abriu a possibilidade de extinguir oito mil cargos de vereadores, algo que não foi bem recebido pela esfera política do país. Após várias tentativas legislativas, foi aprovado o texto constante na PEC 336/09 que modifica o inciso IV do artigo 29 da constituição federal de 1988 e, na prática, representou o aumento de sete mil vagas de vereadores. Pode-se notar, portanto, uma reação por parte do legislativo de não permitir a última palavra ao poder judiciário.

necessário o aperfeiçoamento das instituições do país, e a alteração sobre a reforma política, é o momento ideal para tanto.

Traçado o quadro de novas alternativas de compreensão de um modelo de *judicial review* não centradas na afirmação da supremacia judiciária, cumpre empreender o exercício reflexivo e crítico em relação às possibilidades teóricas de incorporação de uma dimensão dialógica a nosso modelo. Neste sentido, o parlamento não pode se fechar em discussões apenas quanto à reforma eleitoral, mas deve se abrir para que teóricos do direito, políticos, e a população em geral possam contribuir para que uma efetiva reforma político-institucional possa ocorrer, o que inexoravelmente demanda uma reflexão quanto à aplicação das propostas apresentadas pelas teorias dialógicas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo apresentar algumas considerações a respeito de como o fenômeno da judicialização da política, se opera em virtude de opções político-estruturais realizadas pelo constituinte e baseadas no *strong judicial review* de matriz americana. Com isso, o que se quis demonstrar foi que uma arquitetura que concentra inúmeras funções no poder judiciário, notadamente no STF, associada a uma postura ativista dos juízes, favorece para que a democracia no país se encontre ameaçada devido à migração do debate político para a arena judicial.

De todo o exposto, pode-se concluir com base nas teorias dialógicas que é incorreto realizar essa associação apressada entre supremacia do poder judiciário e *judicial review*, uma vez que existem caminhos alternativos de guarda compartilhada do sentido da norma fundamental, e que podem ser concretizados por meio de uma reforma política. Seria por assim dizer, a reforma, o instrumento capaz de se corrigir e aperfeiçoar as instituições, uma vez que com ela têm-se a possibilidade de se discutir novos arranjos que possibilitem um diálogo entre os poderes sobre o conteúdo e o sentido das normas constitucionais.

A discussão realizada no presente ensaio pretendeu introduzir e pavimentar a reflexão sobre tão importante tema para o constitucionalismo contemporâneo no Brasil. Entretanto, certo é, que as observações tinham por objetivo realizar uma crítica ao parlamento

que atualmente vem se preocupando apenas com alterações de ordem eleitoral e não com uma efetiva e profunda reforma política. Assim, o que se pretende é que no âmbito dessas discussões, sejam abertos canais para que se possa (re) pensar e (re) construir nossa estrutura política e institucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano. *Reforma Política*: Estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro, Tomo V. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. “*Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido*” in: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar: 2001.

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, nº 3.

CAMPIONE, Roger. in: RAMÍREZ, Pablo Raul Bonorino. *Teoria Del Derecho y Decision Judicial*. Bubok Publishing. Espanha.

DIXON, Rosalind. *Designing constitutional dialogue*: bills of rights & the new commonwealth constitutionalism. 2008. 381 f. Dissertation (Doctor of Juridical Science) - Harvard University, Cambridge, 2008.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINE, Toni. *O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos*. In TAVARES, André Ramos (orgs.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

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

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

GARRIDO, Alexandre. GAMA, Fernando. RIBAS, José. NEUENSCHWANDER, Juliana. CAMARGO, Margarida. STRUCHINER, Noel. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. V. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia*: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Curitiba, 2011.

GRIFFIN, Stephen. *Enfim a Hora da Democracia?* A Nova Crítica ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. in: Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº 4. Rio de Janeiro: Renovar. Out/Dez 2006.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOFFER, Peter Charles; HULL HOFFER, William James e HULL, N.E.H. *The Supreme Court: an essential history*, 2007.

HOGG, Peter. Wardell. *Constitutional law of Canadá*. 3ed. Toronto: Carswell, 1992.

LINARES, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

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

RENNÓ, Lúcio Remuzat. *Reformas Políticas no Brasil*: realizadas e prováveis. In Reforma Política em questão. MULHOLLAND, T. e RENNO, L. R. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2008. p. 30 ss. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 de março de 2012.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional*: os dois lados da moeda. In: Revista de Direito do Estado, v.2, 2006.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES Rodrigo de Souza. e VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SHINAR, Adam. HAREL, Alon. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review*. Unpublished working paper, 2011. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1760963](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963)>. Acesso em: 12 de março de 2012.

SOARES, Bernardo de Oliveira. *Diálogos institucionais: (uma) releitura da supremacia do judiciário*. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito essencial para a obtenção do título de mestre em direito.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2a. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Lochner's Legacy*. Columbia Law Review. Vol. 87. 1987, nº 5.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Rodrigo de Souza. e BERMAN, José Guilherme. *Teorias Dialógicas e os sistemas de Constituições não escritas: O caso Israelense*. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton University Press, Princeton. 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dynkinson, 1998.

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

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. e SILVA, Alexandre Garrido da. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*. Campinas: Versus, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito do Estado, Ano 3, nº 12, 2008.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal 115:1346, 2006.

