

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL**

**THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE RELATIONSHIP
BETWEEN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND JUDICIAL ACTIVISM**

Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto
Renan Azevedo Santos

Resumo

O trabalho busca investigar em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Parte-se de análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisa-se, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entende-se que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Judicialização, Ativismo judicial, Jurisdição constitucional, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The paper seeks to investigate the extent to which the extension of constitutional jurisdiction implies a deepening of judicial activism. It is based on a qualitative bibliographical analysis focused on commentators of the theme, evaluating the relationship between mechanisms of constitutional control and the judicialization of politics. It is analyzed, in the light of certain visions of democracy, the legitimacy of judicial action in essentially political cases. In conclusion, is understood that the expansion of the constitutional jurisdiction made possible the expansion of judicial activity, which depends on the role assigned to each power, depending of the democratic phenomenon.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control of constitutionality, Judicialization, Judicial activism, Constitutional jurisdiction, Democracy

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da política e do avanço do ativismo judicial é assunto da ordem do dia. A convivência harmoniosa entre os poderes, a concretização da noção de freios e contrapesos e a garantia de direitos fundamentais são desafios impostos aos Estados constitucionais e democráticos de direito.

A tensão entre jurisdição constitucional e a legitimidade democrática da atuação judicial sobre os atos normativos aprovados por órgãos dotados de representatividade popular é fenômeno que precisa ser estudado e avaliado sob a ótica da possibilidade de que, diante da expansão dos mecanismos de jurisdição constitucional, o judiciário será cada vez mais demandado. Vê-se, neste sentido, uma importante correlação entre jurisdição constitucional e judicialização de políticas (VERBICARO, 2017).

A análise da questão da revisão judicial e o ativismo judicial estão intrinsecamente interligadas, ainda mais nas questões atinentes às declarações de inconstitucionalidade por omissão. Especificamente nestes casos o debate se aprofunda questionando-se que nessas hipóteses o judiciário faria de forma mais contundente o papel de legislador.

Fundamento central da ideia democrática consiste na noção de aqueles que criam leis e normas devem ser escolhidos pela população (NOGUEIRA, 2016, p. 170). Ou seja, os que teriam legitimidade para tratar do assunto seriam os representantes na arena majoritária.

Todavia, este tipo de alegação precisa ser contraposta à outras argumentações apresentadas ao longo do trabalho, tais como o fato de que a própria ordem constitucional estabelecida em 1988 ampliou os legitimados para propositura de ações voltadas ao controle judicial, além de criar novos remédios para a realização de controle da legislação.

Indaga-se em que medida a própria ordem constitucional atribuiu ao Poder Judiciário o protagonismo de controle contramajoritário, no exercício de sua função de proteção dos direitos fundamentais.

A promulgação de uma carta constitucional preocupada com a efetivação de direitos humanos e garantia de direitos fundamentais exigiu a implementação de um sistema de controle jurisdicional permitindo que estes direitos sejam protegidos e observados, fazendo com que normas a eles contrárias sejam repelidas do direito.

Além do mais, verifica-se a existência de espécie de indisposição do legislador em abordar e deliberar sobre determinados temas polêmicos como o aborto, casamento entre

pessoas do mesmo sexo, criminalização da homofobia, entre outros. Muitas vezes, o legislador transmite o custo de decisões impopulares ao poder judiciário (BARROSO, 2014).

Diante destas questões, o trabalho objetiva analisar em que medida a ampliação do exercício da jurisdição constitucional implica em aprofundamento do ativismo judicial.

Para realizar a análise o trabalho se divide em duas seções. Primeiramente será abordada a relação entre a função da jurisdição constitucional na concretização de direitos fundamentais e quais suas implicações no processo de avanço da judicialização das questões políticas e expansão do ativismo judicial.

A análise desta primeira seção parte do pressuposto de que a ordem constitucional de 1988 ampliou os mecanismos de controle constitucional, bem como aumentou o rol de legitimados para a propositura de remédios processuais. Além disso, teria havido uma mudança na sistemática processual que passou a priorizar, ainda mais, a proteção e efetividade de direitos fundamentais por meio do poder judiciário.

Em seguida, a segunda seção aborda criticamente, a partir da teoria do direito, o avanço do fenômeno do ativismo judicial e judicialização da política por meio da utilização dos mecanismos de revisão judicial das normas. A proposta é verificar até que ponto haveria legitimidade democrática ou não para este tipo de atuação do Poder Judiciário.

Neste sentido, o debate desta parte do trabalho se dá a partir da noção de que o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial dependerá, em certa medida, da concepção de democracia que se adote em determinada sociedade.

O debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin explicitam bem a noção de que as discussões acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional perpassam necessariamente por uma visão procedimentalista ou substancial de democracia.

Estas diferentes concepções acabam por justificar se a atuação judicial se revela ativismo judicial legítimo ou ilegítimo. A discussão gira justamente em torno de se o judiciário, em um Estado democrático, possuiria ou não a função de exercer um papel contramajoritário.

2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE MECANISMOS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Após a Segunda Guerra Mundial e, mais tarde, com fim das ditaduras na Espanha e Portugal, houve sensível alteração sobre o papel das instituições governamentais na instituição, promoção e proteção dos Direitos Humanos.

Até então, os direitos existiam exclusivamente se previstos em lei. Não se falava em garantias e defesas dos cidadãos contra arbítrios ou descasos das maiorias políticas, ainda que nocivos às garantias fundamentais.

Com efeito, até a Segunda Guerra prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo Parlamento como a fonte principal – quase a fonte exclusiva – do direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas sobretudo como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos (SARMENTO, 2009, p. 13)

A ruptura desse paradigma de prevalência única exclusiva da vontade das maiorias, a partir da crise dos Estados Liberais, proporcionou maior intervenção do Estado na economia e sociedade, de modo que a visão, antes essencialmente individualista, perdeu espaço e deu lugar à concepção coletiva do direito, com amplo acesso à prestação jurisdicional para a garantia e proteção de direitos fundamentais.

No lugar de compreensões limitadoras dos poderes públicos, o avanço do que se convencionou chamar por neoconstitucionalismo buscou teorias almejando restringir os poderes do executivo e legislativo quando em colisão com os direitos fundamentais, possibilitando a fiscalização desses poderes por juízes não eleitos.

Nas democracias atuais, a expansão do Poder Judiciário está interligada à ideia suprema de proteção dos Direitos Humanos como grande vetor interpretativo do sistema como um todo. Assim surge o novo constitucionalismo, calcado na supremacia da constituição e dos valores nela estampados.

A Constituição brasileira de 1988 positivou os princípios e objetivos do Estado Social de Direito, tais como a dignidade humana, o valor social do trabalho (art. 1º III e IV), além dos objetivos fundamentais voltados à construção de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º), a erradicação da pobreza e da marginalização, redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º), a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, grande destaque foi dado aos direitos fundamentais de caráter social, previstos nos arts. 6, 7 e 193 a 232.

Nota-se que, diante da necessidade de garantir a efetividade de tantos direitos fundamentais, a Constituição alberga analítico e abrangente modelo de descrição dos direitos fundamentais, estabelecendo múltiplos sistemas de controle de constitucionalidade.

Juízes passam, portanto, a poder proclamar a invalidade de normas em casos concretos ou em hipóteses abstratas, desde que constatada incompatibilidade entre o ato normativo e a

Constituição. Há, desse modo, o amplo meio de acesso ao Judiciário com o fim de salvaguardar os direitos fundamentais.

Com efeito, a Constituição de 1988 possibilitou, no sistema brasileiro, o surgimento e a consolidação da judicialização da política, processo pelo qual questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral passam a ser decididas pelo Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais como o legislativo e o executivo.

Loiane Verbicaro aponta a correlação entre os mecanismos de controle de constitucionalidade e a judicialização da política:

A existência de um efetivo controle de constitucionalidade, inevitavelmente, favorece a existência de políticas judicializadas, na medida em que efetua um controle judicial das leis e de políticas públicas, à luz da Constituição e da interpretação que os juízes fazem de seu sentido normativo. A identificação desse fundamento constitucional atinente ao controle de constitucionalidade é, pois, critério fundamental à inserção do Poder Judiciário no sistema político de poder, uma vez que permite que discussões de grande alcance político sejam trazidas para análise do Poder Judiciário (VERBICARO, 2017, p. 350-351)

Neste sentido, evidencia-se que a previsão de diversos mecanismos de controle de constitucionalidade, como os previstos na Constituição de 1988, acabam por influenciar diretamente num processo de expansão da atuação do poder judiciário em matérias que seriam essencialmente políticas. O judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional, passa a fazer parte do jogo político de influência nas decisões em questões atinentes aos desacordos existentes na sociedade.

Vislumbra-se ainda que, além da expansão das possibilidades de controle de constitucionalidade da legislação, existem questões de ordem puramente políticas que acabam por demandar do judiciário uma atuação ainda mais ampla. Luís Roberto Barroso explica os motivos do fenômeno:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas (BARROSO, 2014, p.7)

Verifica-se que a questão da judicialização da política que acaba por demandar a expansão do ativismo judicial para além de possuir relação com os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais também possui ligação com questões eminentemente políticas de falta de disposição do legislador ordinário de tratar de questões que sejam custosas politicamente, tais como assuntos controvertidos. A análise do avanço da judicialização das questões políticas perpassa por esses motivos.

Todavia, é importante observar a importância da remodelação da função da ciência processual. Como se vê, além dos direitos fundamentais positivados na carta política, o legislador constituinte assegurou ao cidadão ferramentas processuais de tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, legitimando representantes processuais capazes de, através do instituto da substituição processual defender, em nome próprio, interesse alheio.

A função precípua de um sistema processual passa a ser de proteção dos direitos e garantias individuais.

O processo passou a ser concebido como instrumento de cunho eminentemente ético, influenciado agora, não apenas por valores metafísicos, mas por valores axiológicos, sociais e políticos, sobre os quais repousa a dinâmica da sociedade (VERBICARO, 2017, p.342)

Como reflexo dessa nova roupagem constitucional, no Brasil, cada vez mais questões atinentes a desacordos morais, de grande relevância política e extremamente controvertidos são discutidas judicialmente, notadamente perante o Supremo Tribunal Federal.

São exemplos de temas políticos judicializados: a instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF), criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367), pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF), interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13), prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (ADC 43 e 44), bem como a questão de reconhecimento da união estável homoafetiva e o recente caso de equiparação da homofobia ao racismo.

A judicialização desta espécie de assunto acaba por aumentar sobremaneira o poder do Judiciário, bem como acaba por demandar deste poder uma espécie de soluções para temas que muitas vezes deveriam, em sua essência, ter sido deliberados na arena majoritária que acaba por se revelar omissa em muitas vezes, em especial na garantia e efetividade de direitos de minorias.

Nesse contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passam a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais,

muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia a palavra da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo (SARMENTO, 2009, p. 16).

A ampla possibilidade de acesso aliada à falência da representatividade parlamentar findou por colocar o Judiciário em papel central, porque a jurisdição está obrigada a oferecer uma solução quando instada a tal, resultando em medidas coercitivas aptas a alterar o plano da realidade na distribuição dos direitos.

O controle judicial, assim, manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade. Fallon, ao analisar esse tema, aponta que o sentido básico do controle judicial é exatamente retirar algumas decisões do âmbito político (DIAS, 2007, p.99)

Contudo, deve-se observar que a possibilidade de intervenção judicial nas políticas públicas não ocorre de maneira irrestrita e em qualquer hipótese. Para que o acesso ao Judiciário ocorra de modo legítimo, deve existir incompatibilidade da situação fática com a Constituição, ato normativo, ao menos, a falha ou insuficiência das medidas governamentais tendentes à proteção dos direitos fundamentais.

Essa limitação decorre da lógica democrática, uma vez que o Judiciário não tem atribuição para programar ou implementar políticas públicas, exceto quando previstas na legislação ou quando, por ação/omissão, o Poder Público negligenciar direitos e valores previstos na Constituição. Nesse contexto, será legítimo o espaço para debate de questões políticas no Poder Judiciário.

Inclusive, é de se frisar que a depender da visão de democracia que se adote há a possibilidade de fortalecimento ou não de mecanismos de controle contramajoritário para a garantia de direitos fundamentais, bem como a consequente possibilidade de uma maior judicialização ou não de desacordos de determinada sociedade.

Esse entendimento reflete o atual pensamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, conforme Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410.715-5:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas da Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois nesse domínio como adverte a doutrina, o encargo reside, prioritariamente, nos Poderes Legislativos e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcional, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal

comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatuto constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410.715-5, Relator: Ministro Celso de Melo, Data de Julgamento: 22/11/2005)

Referida decisão foi inovadora ao estabelecer o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo-se a possibilidade de intervenção em questões políticas em determinadas hipóteses. Trata-se, ainda assim, de questão polêmica.

Sabe, entretanto, não ser possível invocar o argumento da separação de poderes como obstáculo para que o Poder Judiciário atue na concretização de direitos fundamentais, atuando dentro da ideia dos sistemas de freios e contrapesos.

A objeção desconhece que o modelo de separação de poderes adotados no Brasil não é o de atribuição estanque das funções legislativas, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado. Conforma-se como ‘sistema de freios e contrapesos’: envolve complexa trama de implicações e limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário, condenando a Administração a prover bens e serviços, insere-se nessa rede de implicações recíprocas. Não é possível, portanto, através da simples referência à separação de poderes, deslegitimar a garantia de direitos sociais pelo Judiciário. Pode-se discutir o grau dessa interferência. Pode-se argumentar que a jurisprudência brasileira ‘judicializa’ excessivamente a política. Essa crítica, contudo, só ganha consistência quando opera com outros elementos, que não simplesmente o princípio da separação de poderes (SARMENTO, 2010, p. 520-521)

Vê-se que o texto constitucional impõe limites ao poder político. Atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade para efetuar a fiscalização dos atos emanados pelos demais poderes, por via do controle de constitucionalidade, viabilizando a judicialização de questões políticas polêmicas.

Um dos mecanismos para a sindicabilidade judicial de atos políticos de constitucionalidade controversa consiste na ampliação dos legitimados ativos para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), faculdade assegurada pela Constituição Federal, com o propósito de assegurar a melhor defesa dos direitos coletivos em juízo.

Até a Constituição de 1988, o único legitimado à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade era a Procuradoria Geral da República, nomeado e demissível pelo Presidente da República.

O que antes se restringia ao Procurador-Geral da República, passou a caber também ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao

governador de Estado e do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É possível compreender que a ampliação do rol de legitimados para propor ADIn repercute em acréscimo ao papel do Supremo Tribunal Federal, pois abre o processo de fiscalização dos atos normativos estatais com novos atores sociais, inclusive a oposição governamental, assim valorizando a ideia de supremacia da constituição e pluralismo político.

A Constituição contém também regras destituídas de eficácia plena, hipóteses em que a proteção dos direitos nelas descritos dependem de ato legislativo regulamentador. Caso haja omissão do poder público, o constituinte estabeleceu mecanismos para que a inércia do poder legislativo e executivo seja discutida judicialmente: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção.

No caso da ADO, a omissão inconstitucional surge após o decurso de razoável prazo para que os poderes competentes editem os atos normativos a que estão obrigados. Não o fazendo, a propositura da ação constitucional será cabível.

São controvertidos os efeitos da sentença que julga a ADO. De um lado, entende-se que a edição de normas deve ser sanada, exclusivamente, pelos órgãos de produção normativa a quem a Constituição atribuiu essa função, que jamais poderia ser substituída por ordens judiciais.

O risco desse entendimento, porém, é esvaziar a utilidade da ADO, pois não traria ao provimento jurisdicional nenhum efeito prático relevante no sentido de eliminar do sistema omissão inconstitucional.

Por outro lado, o Judiciário não tem atribuição de estabelecer prazo para o Poder Legislativo editar ato normativo de sua competência, e, ainda que houvesse essa possibilidade, o cabimento de sanções em caso de descumprimento da decisão judicial é alvo de intensas controvérsias.

Por isso, começou-se a cogitar modos alternativos para contornar a questão deficiência na efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de lacuna legislativa. Exemplo disso seriam as decisões aditivas, em que o Judiciário se sub-roga na competência do ente omissor e finda a omissão constitucional.

Surgem nesse contexto as seguintes interpretações:

O primeiro deles prega pela interpretação literal do art. 103 §2º da CRFB, ficando o STF restrito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão e à ciência do órgão competente. Esse é o que predomina para a corrente tradicional. O segundo vai mais além e afirma que o Tribunal, ao decidir pela

existência de omissão inconstitucional, poderá estabelecer um prazo razoável para que a sua decisão seja cumprida, ou seja, para que a norma lacunosa seja elaborada. Essa vertente, ainda que mais eficaz do que a primeira, resta prejudicada porque não existe sanção que o Poder Judiciário possa impor ao Poder Legislativo em virtude do não cumprimento de sua decisão. Por fim, há um terceiro entendimento, mais contemporâneo que, diante do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, afirma poder o Tribunal agir para, no caso concreto, suprir a lacuna legislativa e satisfazer o direito constitucional pleiteado que outrora fora obstaculizado pela falta da regulamentação (KACELNIK, 2012, p. 15)

Por outro lado, o mandado de injunção tem como principal objetivo sanar a falta de regulamentação prejudicial à efetividade dos direitos e garantias constitucionais. Como explica José Afonso da Silva:

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação (SILVA, 2005, p. 448)

Essa ação possui três requisitos: a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; ser o impetrante beneficiário desse referido direito; e o nexo causal entre a falta da norma e a inviabilização do direito:

Para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Enquanto aqui, segundo o texto constitucional, qualquer um que tenha o exercício de seu direito inviabilizado pela falta da norma regulamentadora poderá pleitear a efetividade do mesmo, na ADO somente o rol de sujeitos elencado no art. 103, I a IX CRFB é que poderá requerer em juízo a solução da omissão. Já, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não sobre a autoridade competente para elaborar a norma faltante (KACELNIK, 2012, p. 18)

O grande diferencial do mandado de injunção consiste na legitimidade ativa para sua propositura, titularizada por qualquer pessoa física ou jurídica que tenha seu direito obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora.

Mais uma vez, muita polêmica gira em torno dos limites da decisão judicial que julga o mandado de injunção.

A primeira corrente afirma que o inciso, ao inserir em sua parte final, a nacionalidade, a soberania e a cidadania estaria restringindo tanto as prerrogativas quanto os direitos e liberdades mencionados anteriormente. Trata-se, logo, da corrente mais restritiva. Por todos cita-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Uma segunda corrente, intermediária, defendida por Celso Bastos, sustenta que a expressão “direitos e liberdades constitucionais” está adstrita aos direitos e garantias fundamentais do Título II da Constituição. A

terceira corrente de entendimento, ampliativa e majoritária, afirma que os direitos, liberdades e prerrogativas salvaguardados pelo artigo são quaisquer direitos e liberdades previstos em qualquer dispositivo da Constituição, por não haver no inciso LXXI do art. 5º nenhuma restrição, ficando somente as prerrogativas restringidas àquelas temáticas mencionadas no artigo. Há quem sustente ainda uma quarta corrente, a superampliativa, a qual entende que além da proteção trazida pela corrente anterior, caberia também mandado de injunção para assegurar prerrogativas demarcadas em normas infraconstitucionais, desde que inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania (KACELNIK, 2012, p.17).

É possível notar, portanto, que a questão da judicialização da política e ampliação dos mecanismos de controle dos atos normativos, em especial nos casos de remédios constitucionais que tratam omissões, acabam por acender outros debates importantes, tais como os limites da decisão judicial que garante um direito não regulamentado ou que reconhece a omissão legislativa de regulamentação.

Oscar Vieira, comentando sobre o texto constitucional de 1988, relaciona a constitucionalização de direitos com a judicialização da política

Por que figuras experientes da política optaram por uma constituição que restringiu o poder do Legislativo e do Executivo, nos seus diversos níveis, naquilo que compõem a essência da política, que é o poder de arbitrar conflitos distributivos, decidir sobre temas importantes da economia, administração, moralidade, política criminal etc.? Ao constitucionalizar tantas 'políticas públicas', ou seja, transformá-las em questão de direito, foi transferido para as instituições da Justiça um poder que tradicionalmente pertencia ao campo da política. Mais do que isso, a Constituição fortaleceu o Judiciário, transferiu novas e inusitadas competências ao Ministério Público, além de conferir poderes sem precedentes ao Supremo Tribunal Federal (VIEIRA, 2018, p. 53)

A judicialização da política e o avanço do ativismo judicial acabam por levantar o debate sobre questões fundamentais para o Estado democrático de direito, tais como os limites das atuações dos poderes e a possibilidade de atuação de um poder não eleito enquanto meio de controle contramajoritário para a efetividade de direitos fundamentais.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TENSA RELAÇÃO ENTRE PARLAMENTO E JUDICIÁRIO

Um dos pontos centrais da análise acerca da judicialização da política e ativismo judicial é, como já analisado anteriormente, a possibilidade de revisão judicial de decisões tomadas pelo poder legislativo por meio do que se convencionou chamar por jurisdição constitucional. Questiona-se qual o grau democrático das decisões provenientes deste tipo de controle, pois o judiciário passaria a atuar como último tomador de decisões na estrutura da República.

Uma das razões de muito se questionar a legitimidade ou não das decisões provenientes do poder judiciário e que afetem atos emanados do poder legislativo é que este tipo de comportamento deixaria de observar um dos principais pilares da democracia que seria a noção de que aqueles que criam as leis devem ser eleitos pelo povo e a ele prestar contas (NOGUEIRA, 2016, p. 170).

Neste sentido, é importante que se aborde uma análise específica da teoria do direito acerca do tema, visto que este tipo de estudo pode vir a contribuir precipuamente para a tensão existente nas democracias contemporâneas entre jurisdição constitucional, legitimidade democrática e judicialização de questões essencialmente políticas.

O debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin são essenciais para que se discuta o tema. Waldron parte do argumento de que os desacordos morais são inerentes à vida em sociedade e que um dos principais direitos existentes é o de se debater e participar da criação da norma (WALDRON, 2005, p.337).

Por outro lado, Ronald Dworkin afirma que os mecanismos de controle de constitucionalidade seriam essenciais para a vida em democracia, principalmente em razão da necessidade em proteger minorias e efetivação do papel contramajoritário do poder judiciário (VERBICARO; CASTRO, 2017, p.186).

A partir da argumentação dos autores é importante observar que subjaz uma visão específica de democracia. Sendo assim, afirma-se que o processo de judicialização da política e de atuação mais contundente do Judiciário possui forte ligação com a visão de democracia que se implementa em determinada sociedade. O protagonismo do parlamento ou do judiciário dependerá do papel que determinada acepção do fenômeno democrático concede a cada um deles.

Como já se pode verificar as visões de Waldron e Dworkin são completamente diferentes acerca do tema, visto que Waldron preza pela atuação e protagonismo do poder legislativo e Dworkin garante um papel mais fundamental ao poder judiciário. Este tipo de posicionamento decorre essencialmente do conflito entre visões de democracia, em especial o conflito entre uma percepção procedimental e majoritária de um lado e uma acepção substancial e contramajoritária de outro (VERBICARO; CASTRO, 2017, p.179).

Pois bem, partindo da visão de Ronald Dworkin é importante frisar que uma das suas principais preocupações é com a relativização dos direitos de minorias diante do estabelecimento de mecanismos majoritários de decisão. O papel do judiciário, neste caso, seria

o de corrigir erros e violações que o poder judiciário possa vir a perpetrar no exercício de sua atividade.

Nesse sentido, ele defende a concepção constitucional de democracia. Essa concepção não importa no abandono dos procedimentos, mas na compreensão de que, em certos casos, tais procedimentos não se mostram satisfatórios para de fato promover a igualdade entre os indivíduos- por isso há a compreensão de que, para além de ideias puramente procedimentais, Dworkin defende a prevalência de ideais substantivos (VERBICARO, CASTRO, 2017, p. 186)

A visão de democracia para Dworkin não se restringe única e exclusivamente ao campo procedimental e majoritário, ou seja, o autor compreende que o exercício do poder democrático não é apenas o governo do povo ou da maioria. É por isso que os mecanismos inerentes ao controle de constitucionalidade ganham força e legitimidade neste tipo de visão (SARMENTO, 2014, p. 12)

Neste sentido, a visão de democracia para o autor não se esgota em seu aspecto majoritário, ou seja, em certo sentido Dworkin entende que democracia não se refere única e exclusivamente a governo da maioria (SARMENTO, 2014, p.12).

A proposta, portanto, refere-se à necessidade de que a atuação do judiciário efetive a proteção de direitos de todos os indivíduos, sejam estes majorias e minorias. Isso se deve ao fato de que o autor pressupõe a necessidade de se defender uma concepção comunitária de democracia em que há a obrigatoriedade de proteção e respeito por cada um dos indivíduos que são moralmente independentes (VERBICARO; CASTRO, 2017, p.188).

Trata-se de uma espécie de concepção coparticipativa de democracia. Neste tipo de visão há um comprometimento de que os indivíduos devem agir levando em consideração e respeitando os direitos e garantia do seu semelhante, sejam minorias ou não. A preocupação é pela necessidade de igual respeito e consideração por todos.

A concepção coparticipativa da democracia é diferente: segundo ela, o autogoverno não é o governo de uma maioria que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras (...) Mas pode ser, mesmo assim, uma parceria, desde que os membros aceitem que, na política, devem agir com igual respeito e consideração por todos os outros parceiros (DWORKIN, 2014, p. 587)

Haveria um compromisso de assegurar que a comunidade política garanta a cada um de seus membros o respeito pelos seus interesses, efetivando a noção dworkiniana de que os direitos são trunfos que os indivíduos possuem em face da sociedade. Logo, decisões majoritárias seriam válidas a partir do momento que levasse em consideração o pressuposto da igual consideração entre todos os indivíduos e, em não levando, haveria a legitimidade da

atuação judicial para a realização do controle com vistas à correção e garantia de respeito aos direitos fundamentais de determinada pessoa.

Segundo essa visão, uma comunidade democrática não deve ignorar os interesses de um grupo minoritário, sob pena de ser antidemocrática, mesmo que para isso tenha se utilizado corretamente dos meios majoritários de tomadas de decisão (VERBICARO; CASTRO, p. 189, 2017)

Dworkin entende que a democracia se assenta em um ideal de fraternidade política que possui determinados aspectos de associação (LONGO FILHO, 2015, p. 105). Neste sentido, a jurisdição constitucional permite reforçar a garantia de direitos fundamentais. Em verdade, para Dworkin o controle judicial de constitucionalidade permite o aperfeiçoamento da legitimidade de um governo (DWORKIN, 2014, p. 589).

Deve-se destacar que em momento algum o autor afasta a utilização dos meios majoritários. Entretanto, possui uma desconfiança com a arena majoritária e entende que em caso de falha da atuação do legislativo na garantia de direitos fundamentais caberia a atuação judicial para a correção desta falha.

Sendo assim, o autor compreende que a atuação judicial seria interessante justamente para afastar do mundo jurídico decisões que fossem ofensivas aos valores democráticos e que talvez tivessem ganhado força na arena majoritária através do típico debate apaixonado e acalorado. Neste sentido, o controle de um ato normativo emanado do poder legislativo e seu consequente afastamento do campo jurídico seria essencial para o fortalecimento da democracia e da proteção de direitos fundamentais (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 195).

Jeremy Waldron já adota posicionamento completamente distinto de Dworkin. Para Waldron a vida em sociedades democráticas pressupõe a convivência diária com desacordos morais. A vida em sociedades complexas pressupõe um pluralismo de visões e leva os indivíduos a terem diferentes aceções e entendimentos acerca de direitos e moralidade política. A preocupação de Waldron é que todas estas opiniões sejam levadas em consideração para a formação do direito (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 183).

Waldron diverge de Dworkin e entende que o papel primordial dentro de uma democracia é do poder legislativo, ou seja, os desacordos e temas controvertidos devem ser analisados na arena majoritária.

A democracia requer que quando haja desacordos em uma sociedade em uma matéria que se necessita tomar uma decisão comum, todo homem e mulher da sociedade tem direito de participar em termos de igualdade na resolução destes desacordos. Os processos que isto implica podem ser complexos e indiretos (...) mas todas elas estão orientadas ao mesmo ideal: a participação do povo- de

algum modo através de algum mecanismo- basicamente em termos de igualdade (WALDRON, 2005, p. 338)¹

Para Waldron o campo majoritário seria essencialmente o local para a solução das diferenças, visto que nesta seara as mais diversas formas de opinião seriam levadas em consideração. A jurisdição constitucional e seu exercício pelo poder judiciário acabaria por “elitizar” o debate sobre temas amplamente controversos na sociedade.

Não garantir que o parlamento tenha a última palavra sobre estes assuntos controvertidos seria retirar de campo um dos pontos nevrálgicos da vivência em comunidade política que seria a igualdade de participação, por meio dos representantes, e a formação de acordos a partir dos debates públicos (SILVA, 2009, p.204).

Waldron afirma também que garantir um protagonismo do poder legislativo e evitar que ocorra a judicialização de questões controvertidas permite que se crie na mente dos indivíduos uma espécie de consciência acerca das decisões que tomam. Seria uma forma de estabelecer uma espécie de responsabilidade cívica.

Há algo que se perde, desde um ponto de vista democrático, quando um indivíduo ou instituição não eleita nem responsável (*unaccountable*) toma uma decisão vinculante sobre o que implica a democracia (...) se uma instituição que é eleita e responsável (*accountable*) toma a decisão equivocada sobre o que implica a democracia, então, ainda que se produza alguma perda para democracia no conteúdo da decisão, não é insensato que os cidadãos se consolem pensando que ao menos tenham cometido seu próprio erro acerca da democracia (WALDRON, 2005, p. 351)²

O argumento apresentado pelo autor é o de que evitar o processo de judicialização da política e de questões controvertidas garante que o cidadão se torne e se sinta responsável pelas decisões tomadas pelos representantes na arena majoritária. Ou seja, para Waldron é importante o protagonismo do poder legislativo e o enfraquecimento da atuação judicial para que se crie no cidadão a noção de que este é participante político que possui total capacidade de participar da deliberação em sociedade sobre desacordos (WALDRON, 2005, p. 353).

¹ Tradução livre de: " La democracia requiere que cuando hay desacuerdos en una sociedad en una materia sobre la que se necesita tomar una decisión común, todo hombre y mujer de la sociedad tiene el derecho de participar en términos de igualdad en la resolución de dichos desacuerdos. Los procesos que esto conlleva pueden ser complejos e indirectos (...) pero todas ellas están orientadas finalmente hacia el mismo ideal: la participación del Pueblo- de algún modo, a través de algún mecanismo- basicamente en términos de igualdad"

² Tradução livre de: " Hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (*unaccountable*) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia (...) si una institución que sí *es* electa y responsable (*accountable*) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *proprio* erro acerca de la democracia (...)"

O autor busca, portanto, desconstruir a visão de que as maiorias seria egoístas e que teriam a capacidade de serem irresponsáveis no processo de tomada de decisões. Para ele o ponto mais preocupante da consolidação de um processo de controle judicial (e consequentemente da própria jurisdição constitucional) é que decisões finais sobre o direito de um grande número de pessoas fique nas mãos de poucos como um tribunal que exerce o controle judicial em sentido forte (WALDRON, 2005, p.357).

Logo, o que se percebe é que para Waldron predomina uma visão essencialmente procedimental de democracia, valorizando o aspecto majoritário de tomada de decisão, visto que para o autor este mecanismo atenderia às mais diversas visões sobre questões relacionadas a justiça e bem comum, além de efetivamente garantir a igualdade de participação na deliberação entre os indivíduos (VERBICARO; CASTRO, 2017, p.185).

Neste sentido, Waldron não entende como interessante um processo de controle judicial em sentido forte. Logo, é de se vislumbrar que a jurisdição constitucional, na visão de Waldron, precisa ser reduzida a um papel secundário diante de um maior protagonismo e atuação do poder legislativo na solução de casos controvertidos em nossas sociedades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível constatar que há íntima relação entre jurisdição constitucional, judicialização da política e ativismo judicial. A expansão dos mecanismos de controle jurisdicional na ordem constitucional de 1988 acabou por demandar atuação mais contundente do poder judiciário na efetivação de direitos fundamentais.

Neste sentido, é possível que se conclua no sentido de que o exercício da jurisdição constitucional implica espécie de aprofundamento do ativismo judicial. Pelo desenvolvimento da pesquisa, o que se constata é que a Constituição de 1988, por meio dos mecanismos de jurisdição constitucional, de fato passou a conceder papel de protagonista ao poder judiciário.

Este papel decorre principalmente de uma espécie de desconfiança do constituinte originário com a arena política, visto que a carta de 1988 foi promulgada após longo período de exceção, onde direitos foram cassados e desconsiderados. Neste sentido, com a noção de prevalência dos direitos humanos e a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais.

Ocorre que este tipo de concessão de protagonismo ao poder judiciário acaba por acirrar questões como a legitimidade democrática dessa conduta, visto que se concederia para um poder não eleito a capacidade de dar a última palavra sobre determinado ato normativo proveniente da arena majoritária. Para avançar na discussão deste ponto é preciso que se levante

a questão de que espécie de democracia se adota no modelo constitucional de determinada sociedade.

Se o que está a se falar é de um modelo essencialmente procedimentalista de democracia haverá um questionamento mais contundente acerca da legitimidade do poder judiciário decidir sobre desacordos. Este tipo de visão parte da premissa de que o parlamento seria o campo correto para a realização deste tipo de debate.

Seria, portanto, obrigação dos representantes deliberar sobre os assuntos essenciais para determinada comunidade, visto que seriam eles legitimados pelo voto popular e, neste sentido, seria possível criar no cidadão um senso de responsabilidade acerca das decisões tomadas na arena majoritária.

Para este tipo de visão um exercício do controle jurisdicional e constitucional em sentido forte não teria guarida, visto que caberia ao parlamento, levando em consideração opiniões de majorias e minorias, deliberar acerca de assuntos de interesse da comunidade.

Por outro lado, existe outra visão de democracia que entende por necessário a consolidação do ativismo judicial mais contundente, por meio do exercício do controle judicial, principalmente em razão da defesa dos direitos e interesses de minorias. Trata-se da visão substancialista de democracia.

Nesta visão, o papel do poder judiciário é desempenhar função essencialmente contramajoritária. A preocupação dos teóricos desta acepção é de que há perigo de que no parlamento o princípio majoritário acabe por afastar direitos fundamentais de minorias que também merecem guarida e proteção.

Diante disso, ganha o poder judiciário, por meio do exercício do controle judicial (jurisdição constitucional), enorme importância na defesa de interesses e direitos fundamentais, especialmente o daqueles que não conseguem proteção na arena majoritária.

Sobre a realidade brasileira, percebe-se é que a Constituição de 1988 acabou por ampliar o rol de legitimados para apresentação de ações de controle de constitucionalidade. Além do mais, a carta magna brasileira estabeleceu rol extenso de direitos fundamentais e sociais que precisam ser implementados.

Neste sentido, tornou-se natural que o poder judiciário ganhasse protagonismo e espaço na arena política, visto que muitas vezes decisões sobre questões controvertidas e desacordos morais profundos na sociedade brasileira foram judicializados. Diversas vezes, inclusive, estes assuntos controversos foram objetos de judicialização por partidos políticos. Isso decorre,

também, pelo fato de que uma lógica processual de defesa de direitos fundamentais se consolidou no ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim, evidentemente a ampliação da jurisdição constitucional implica consequentemente uma maior judicialização de questões que outrora seriam resolvidas na arena majoritária. Além disso, o perfil da carta constitucional de 1988 é o de extrema preocupação com a defesa de direitos fundamentais individuais, prevalência dos direitos humanos e a efetiva proteção de minorias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em 23/03/19.

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

KACELNIK, Carla. *O Ativismo Judicial do STF perante as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão*. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/CarlaKacelnik.pdf>. Acesso em 23/03/19.

LONGO FILHO, Fernando José. *A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron*. In: Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS, v. X, n. 3, p. 90-111, 2015. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328>>. Acesso em 23/03/19.

NOGUEIRA, Carolina. *O controle de constitucionalidade no Brasil e as teses defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin*. In: Revista Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n.2, jul-dez. 2016, p. 163-176. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=215&volume=>>. Acesso em 23/03/19.

SARMENTO, Daniel. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos fundamentais e estado constitucional*. São Paulo: RT, 2009.

SARMENTO, Vitor. *O papel da jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron*. In: Derecho y Cambio Social, ano 11, n.35, 2014. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472779>>. Acesso em 23/03/19.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Brasil: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: Revista de Direito Administrativo, v.250, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em 23/03/19.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Org.). **A justiciabilidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STF. AGRAVO REGIEMNTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: AgReg Rex n. 410.715-5, Relator: Ministro Celso de Melo, Data de Julgamento: 22/11/2005.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERBICARO; Loiane; CASTRO, Pietra. **Direito, Controle Judicial e Democracia: O debate entre as teorias democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin**. In: Revista Direito em Debate- UNIJUÍ, n.47, jan-jun, 2017, p. 177-204. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6829>>. Acesso em 23/03/19.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A, 2005.