

TRÊS DILEMAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: REFLEXÕES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 83/2013 | p. 13 - 33 | Abr - Jun / 2013
DTR\2013\3059

Thadeu Augimeri de Goes Lima

Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

Ilton Garcia da Costa

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-SP.

Área do Direito: Constitucional

Resumo: O artigo traça reflexões acerca de três dos principais dilemas do Estado Democrático de Direito na ótica do constitucionalismo contemporâneo, quais sejam, a opção entre os modelos procedimentalista ou substancialista de Constituição e de jurisdição constitucional, a questão da (i) legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a escolha entre uma postura ativista ou contida do Poder Judiciário no trato de questões políticas submetidas à sua apreciação, tendo por base para a formulação de respostas a Constituição Brasileira de 1988. Utiliza os métodos hipotético-dedutivo e dialético e parte de marcos teóricos essencialmente críticos e de inspiração constitucional. Inicia pela abordagem do primeiro dilema acima citado, posicionando-se a favor do paradigma substancialista de Constituição e de jurisdição constitucional. Prossegue com o exame do segundo dilema, indicando as fontes das quais a jurisdição constitucional extrai sua legitimidade democrática. Passa, em seguida, à análise do terceiro dilema, defendendo um ativismo judicial responsável e criteriosamente guiado. A conclusão confirma a hipótese trazida na Introdução e reafirma as respostas dadas ao longo do texto, verificando que a Constituição Federal de 1988 é o parâmetro inarredável para a solução dos apontados dilemas em nossa realidade sociopolítica.

Palavras-chave: Procedimentalismo - Substancialismo - Jurisdição constitucional - Judicialização da política - Ativismo judicial.

Abstract: The paper traces reflections about three out of the main dilemmas of the Democratic State of Law in the contemporary constitutionalism's view, which are the option between the procedural or the substantial models to the Constitution and the constitutional jurisdiction, the question of constitutional jurisdiction's democratic (ii) legitimacy and the choice between an activist or a self-restrained attitude to the Judicial System on treating political issues subject to its appreciation, having as a basis for the formulation of answers the 1988's Brazilian Constitution. It uses the hypothetical-deductive and the dialectical methods and starts from essentially critical theoretical frameworks, mostly inspired in Constitutional Law. It begins with an approach to the first dilemma above cited, making a stand for the substantial paradigm to the Constitution and the constitutional jurisdiction. It advances by examining the second dilemma, indicating the sources from which the constitutional jurisdiction extracts its legitimacy. It continues with the third dilemma's analysis, defending a responsible and criteria-guided judicial activism. The conclusion confirms the hypothesis brought in the Introduction and reaffirms the answers given throughout the text, verifying that the 1988's Federal Constitution is the unswerving parameter for solving the appointed dilemmas in our sociopolitical reality.

Keywords: Proceduralism - Substantialism - Constitutional jurisdiction - Judicialization of politics - Judicial activism.

Sumário:

1. INTRODUÇÃO - 2. O PRIMEIRO DILEMA: PROCEDIMENTALIZAR OU SUBSTANCIALIZAR? - 3. O SEGUNDO DILEMA: LEGITIMIDADE OU ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO

CONSTITUCIONAL? - 4. O TERCEIRO DILEMA: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ENTRE ATIVISMOS E PASSIVISMOS - 5. CONCLUSÃO - 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traça reflexões acerca de três dos principais dilemas enfrentados pelo Estado Democrático de Direito na ótica do constitucionalismo contemporâneo, quais sejam, a opção entre os paradigmas procedimentalista ou substancialista de Constituição e de jurisdição constitucional, a questão da (i)legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a escolha entre uma postura ativista ou contida do Poder Judiciário no trato de questões políticas submetidas à sua apreciação. Com efeito, tais indagações, conduzidas, sobretudo por preocupações democráticas e respeitantes à efetividade de direitos fundamentais sociais, têm mobilizado a atenção de vários autores, sob diferentes perspectivas teóricas, e sido objeto de intensos debates.

Os escopos destas linhas são compilar resumidamente alguns dos mais destacados argumentos acerca dos dilemas em apreço, firmando posições em relação a eles, e, modestamente, oferecer outros, tendo por base para a formulação de respostas a Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988, tomada aqui como inarredável parâmetro para as análises em face da realidade sociopolítica brasileira.

Serão preferencialmente utilizados, na consecução da tarefa proposta, os métodos hipotético-dedutivo e dialético. A hipótese levantada linhas acima, situando a atual Carta Magna (LGL\1988\3) no cerne daquelas discussões, será submetida a falseamento mediante o cotejo de sua estrutura e seus preceitos com os argumentos mais proeminentes encontrados no estudo dos temas, contrapontos adequados para tal fim. Antes, porém, deverão ser confrontadas e criticamente avaliadas as diferentes orientações de respeitados pensadores que se debruçaram sobre os assuntos, procurando organizá-las em sínteses superadoras de suas possíveis contradições. Outrossim, o trabalho parte de referenciais teóricos essencialmente críticos, de inspiração constitucional, em contraste com a dogmática tradicional.

Analisar-se-á, na primeira seção, o embate entre as correntes procedimentalista e substancialista sobre os papéis da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, com a identificação do modelo a que se filia a nossa Lei Maior. Logo após, na segunda seção, serão examinados os questionamentos referentes à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, ao passo que na terceira se abordará a relação entre a judicialização da política e o chamado ativismo judicial. Depois desse percurso, ter-se-á campo propício para consignar as conclusões obtidas.

2. O PRIMEIRO DILEMA: PROCEDIMENTALIZAR OU SUBSTANCIALIZAR?

O aprofundamento dos estudos acerca das relações entre o direito, a política e a democracia, sob os mais diversos enfoques teóricos, culminou no desenvolvimento de posições ou teses que, em linhas gerais, podem ser agrupadas em dois eixos analíticos: o *procedimentalismo* e o *substancialismo*.¹ A celeuma fundamental entre tais vertentes se sintetiza na discussão sobre os papéis da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

A corrente procedimentalista atribui à Constituição a tarefa de garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição dos valores e das opções políticas da comunidade. A corrente substancialista, ao seu turno, sustenta competir à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais. Como consequência da adoção de um ou outro posicionamento, varia a extensão da admissibilidade da censura judicial das leis e dos atos normativos e governamentais. Enquanto os procedimentalistas reconhecem à jurisdição constitucional legitimidade para tal controle somente no que tange à verificação da correta observância dos procedimentos públicos de deliberação e formação da vontade coletiva, os substancialistas vão além, autorizando-lhe a averiguação conteudística dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como parâmetros as escolhas ético-políticas fundamentais cristalizadas na Lei Maior. Assim, uma visão fortemente substancialista tenderá a justificar um controle de constitucionalidade mais rigoroso dos atos e normas produzidos no âmbito do Estado, ao passo que uma percepção procedimentalista conduzirá a uma atitude mais deferente acerca do núcleo das decisões dos Poderes Públicos.²

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, notório defensor do procedimentalismo no Brasil, afirma que, por um lado, não é mais possível compreender o Estado como a corporificação e a instância única de estabilização de uma identidade ética, de uma dada forma de vida e de certos padrões de vida boa. Não há mais, portanto, como restringir a esfera pública ao ente estatal, como atestam os chamados *direitos fundamentais de terceira geração*. O público deve hoje ser visto como uma dimensão bem mais

complexa do que simplesmente a de um *locus* estatal, isto é, como uma dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos comunicativos. Sob outro ângulo, se até um passado bastante recente a homogeneidade artificialmente levada a efeito pelo processo formativo do denominado *Estado-Nação*, que propiciou a constituição de uma identidade política, era tida por indispensável para a garantia e a manutenção de uma república de cidadãos livres, hodiernamente a autoconsciência por parte de um consórcio de cidadãos livres e iguais perante o direito requer o reconhecimento do pluralismo social e cultural.³

Para Dierle José Coelho Nunes, no paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito se impõe a concomitante prevalência da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, especialmente na esfera estatal, em que existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos.⁴ Destarte, conforme exara André Cordeiro Leal, a forma de tornar possível a legitimidade permanente do ordenamento jurídico se dará mediante a institucionalização das condições para a ação comunicativa (ou condições pragmáticas do discurso), ou seja, pela garantia de constante participação dos destinatários das normas em sua produção, afastando a contingência de decisões arbitrárias ou que determinem o retorno continuado à autopoiese.⁵

Jürgen Habermas, um dos maiores expoentes mundiais da corrente procedimentalista, preleciona que, no contexto do Estado Democrático de Direito e da ideia de auto-organização da comunidade jurídica, a Constituição não há mais que ser compreendida como uma ordem que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos, deixando de fora os poderes social, econômico e administrativo, nem como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* certa forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, ela determina procedimentos políticos mediante os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* são capazes de assegurar a legitimidade do direito. Nessa ótica, cabe à jurisdição constitucional proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, examinando leis e atos normativos controvertidos especialmente sob o prisma dos pressupostos comunicativos e das condições procedimentais do processo de legislação democrático. Em suma, compete-lhe tutelar a integridade dos ritos político-constitucionalmente exigidos para a escorreita formação da vontade da maioria.⁶

De acordo com Lenio Streck, adepto das teses substancialistas, estas, em oposição, colocam ênfase justamente na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para elas, reforça a relação Constituição--democracia. Com efeito, a regra contramajoritária traduz a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso do resgate das promessas da Modernidade, que apontará, simultaneamente, para vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais. As posturas substanciais, por isso, intensificam a força normativa da Constituição, ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais sociais a serem concretizados. Ademais, mostra-se difícil defender as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que o déficit de cumprimento dos direitos fundamentais sociais ainda é grande, parecendo muito pouco, mormente se considerada a pretensão de aqui se construírem as bases de um Estado Social, destinar ao Poder Judiciário o encargo de zelar apenas pelo respeito às normas procedimentais da política deliberativa.⁷

Para Luís Roberto Barroso, que também pode ser ligado ao substancialismo, a Constituição de um Estado Democrático de Direito reúne duas funções principais. Em primeiro lugar, incumbe-lhe veicular consensos mínimos, basilares para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem estar sujeitos à disposição de maiorias políticas ocasionais. Tais consensos, conquanto variem em razão das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, compete à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos, posto que há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo em cada momento histórico. Destarte, inexistente antagonismo entre o *constitucionalismo*, que significa em essência limitação do poder e supremacia da lei, e a *democracia*, que se traduz como soberania popular e governo da maioria, sendo antes fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre os preceitos materiais contemplados na Constituição e a deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto

constitucional, e agilidade para a solução das necessidades cotidianas, a cargo das autoridades políticas eleitas pelo povo.⁸

Segundo Robert Alexy, outro substancialista, um modelo puramente procedimental de Constituição é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais, pois é definido pela negação de toda e qualquer obrigação legiferante (positiva ou negativa) material.⁹ Registre-se ainda a advertência de Arthur Kaufmann, para quem os conteúdos do Direito e da Justiça são demasiado importantes para serem deixados unicamente aos sempre parciais políticos.¹⁰

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, não vislumbra incontornável contradição entre o procedimentalismo e o substancialismo, argumentando que mesmo o primeiro, em suas diferentes linhas, admite que o funcionamento do sistema de deliberação democrática demanda a satisfação de determinadas exigências, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a escolhas valorativas ou políticas. De fato, não é possível haver deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de um mínimo de condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania.¹¹

O debate entre procedimentalismo e substancialismo não será profícuo para a realidade brasileira se perder de vista nossa vigente Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988 e o contexto histórico-geográfico e socioeconômico em que ela se insere. No magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, a compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil, teórico e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente em um determinado país. Essa compreensão, portanto, há que ser “construída” com base em um específico diploma constitucional, e não derivada ou desenvolvida a partir da teoria da Constituição. Eis porque o conceito de Constituição deve ser *constitucionalmente adequado*.¹²

Diante dessa acurada observação, forçoso concordar com Daniel Sarmento, que sustenta ser nossa atual Carta Magna (LGL\1988\3) nitidamente *substancial*, porque

“(...) pródiga na consagração de valores substantivos. Ela não se contenta em traçar as regras do jogo democrático, nem se limita a estabelecer as condições materiais necessárias para tornar a democracia possível – embora também o faça. Ela não é, definitivamente, uma Constituição do tipo procedimental, já que acolhe valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do Estado e da sociedade. Ao dar forma jurídica a estes valores, convertendo-os em princípios expressos em linguagem vaga e abstrata, mas não obstante dotados de plena normatividade, a Constituição prepara o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico.”¹³

Também Lenio Streck destaca que a Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988 aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito. É, portanto, uma pauta para a alteração das estruturas sociais, uma vez que reconhece as desigualdades e coloca à disposição os instrumentos para alcançar aquele desiderato. Trata-se de uma cláusula transformadora permanente, quer-se dizer, a Lei Maior veio a albergar os conflitos que antes eram ignorados pelos juristas. A Constituição, assim, não trata apenas dos meios, cuidando também dos fins, elencados no seu art. 3.º, que exatamente caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente, voltado à construção de um Estado Social. A sua efetividade, por conseguinte, é agenda obrigatória de todos que se preocupam com a transformação de uma sociedade que, em cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais e sociais.¹⁴

Todavia, mesmo se reconhecendo o caráter notadamente substancialista da Constituição, e tal qual alerta Gustavo Zagrebelsky, ela não deve ser concebida como um sistema fechado de princípios, mas como um contexto aberto de elementos, cuja determinação histórico-concreta, *dentro dos limites de elasticidade que tal contexto permite*, é deixada ao legislador, porquanto somente assim se torna possível a coexistência de uma lei constitucional que contenha princípios substantivos com o pluralismo, a liberdade da dinâmica política e a competição entre propostas alternativas. Segundo o constitucionalista italiano, pensar o contrário não só representa uma manifestação de soberba dos juristas, como também um risco “holístico” de *asfixia política por saturação jurídica*, situando a Constituição contra a democracia.¹⁵ Em linha similar, Luís Roberto Barroso leciona que a importância da Constituição, e do Judiciário como seu intérprete maior, não pode suprimir a política, o governo da maioria e o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser *ubíqua*. Respeitados os valores e fins constitucionais, cumpre à lei fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam

as sociedades pluralistas.¹⁶

Frisada a filiação de nossa Lei Maior ao *paradigma substancial*, conclui-se que incumbe à jurisdição constitucional brasileira não somente o zelo pelas estruturas procedimentais democráticas político-deliberativas nela sedimentadas, como também a tutela das imposições constitucionais (positivas ou negativas) de cunho material, em especial as referentes aos direitos fundamentais. O controle da *compatibilidade vertical* dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, a cargo do Poder Judiciário, assume dessa maneira feição bastante ampla, o que desperta inevitavelmente a atenção para as questões de sua legitimidade democrática, da virtual tensão entre os âmbitos das funções estatais e dos riscos do chamado *ativismo judicial*.

3. O SEGUNDO DILEMA: LEGITIMIDADE OU ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

A presente seção merece ser iniciada com algumas indagações. Como justificar que o Poder no qual via de regra é investida uma exclusiva categoria de pessoas, isto é, os bachareis em Direito, e que é composto, em todos os seus órgãos e instâncias, por membros não eleitos diretamente pelo povo, mas selecionados por meio de concursos públicos ou nomeados pelos chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal, possa fulminar de invalidez atos e deliberações oriundos dos detentores de mandatos populares ou cominar a estes determinadas ações ou omissões? De que fontes o Poder Judiciário haure sua legitimação democrática? Até que ponto lhe é dado desempenhar seus misteres sem invadir as esferas de competências reservadas ao Legislativo e ao Executivo? E como evitar que posturas expansivas na interpretação e aplicação direta da Constituição abram margem a subjetivismos, a voluntarismos e ao arbítrio, instaurando uma verdadeira *ditadura judicial*?

Nos marcos do modelo albergado pela Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988, repita-se, de teor nitidamente substancialista, é possível identificar e sistematizar três *fontes* primordiais que conferem à jurisdição constitucional sua legitimidade democrática.

A primeira delas diz respeito ao núcleo essencial da atividade típica que se reconhece à função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, razão por que parece conveniente denominá-la *funcional-material*. De acordo com Luigi Ferrajoli, as concepções da validade das normas no Estado constitucional e da relação entre a *democracia política* (ou *formal*) e a *democracia substancial* se refletem em um reforço do papel da jurisdição e em uma nova e mais robusta legitimação democrática do Poder Judiciário e de sua independência. Isto é, os desníveis entre normas, que estão na base da existência de normas inválidas, e, por outro lado, a incorporação dos direitos fundamentais no estrato constitucional, transformaram a relação entre o juiz e a lei e vieram a assinalar à jurisdição uma função de garantia do cidadão frente às violações de suas prerrogativas essenciais por parte dos Poderes Públicos. Nesta sujeição do juiz à Constituição e, em consequência, em seu papel de garante dos direitos constitucionalmente estabelecidos estão o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Judiciário em face do Legislativo e do Executivo, ainda que sejam, ou precisamente porque são, Poderes de maiorias. Os direitos fundamentais, sobre os quais se assenta a democracia substancial, exatamente porque estão assegurados a todos e inclusive contra as maiorias eventuais, servem para embasar, melhor que o velho dogma positivista da sujeição à lei, a independência do Poder Judiciário, que está especificamente concebido para a garantia dos mesmos. Por conseguinte, o fundamento da legitimação da jurisdição constitucional não é outro senão o valor da igualdade como *igualdade em direitos*: a garantia dos direitos fundamentais exige um juiz imparcial e independente, subtraído de qualquer vínculo com os Poderes de maiorias e em condições de censurar, como inválidos ou ilícitos, os atos mediante os quais aqueles se exercem. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, e nem deriva da vontade da maioria, mas unicamente da intangibilidade dos direitos fundamentais, sendo portanto uma *legitimação de natureza substancial*.¹⁷ Incumbe ao juiz constitucional fiscalizar tanto o legislador ordinário quanto o administrador público, quando violem a Constituição, independentemente do mérito dos atos legislativos, executivos ou administrativos.¹⁸ Essa fonte *funcional-material* de legitimidade democrática, além de significar corolário lógico da estrutura escalonada do ordenamento jurídico e da posição de superioridade e prevalência da Lei Maior e dos direitos fundamentais nela insculpidos relativamente aos atos produzidos pelos Poderes Legislativo e Executivo, exsurge de forma positiva dos seguintes dispositivos da Constituição de 1988: art. 5.º, *caput* (isonomia e inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade) e inc. XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional); art. 36, III, combinado com o art. 34, VII (representação interventiva do Procurador-Geral da República perante o STF para assegurar a observância, pelos Estados, dos princípios

constitucionais sensíveis); art. 97 (previsão da declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos tribunais, exigindo para tanto o *quorum* de maioria absoluta dos seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais); art. 102, *caput* e seus incs. I e III e § 1.º (missão do STF de guardião da Constituição e competências originárias e recursal relacionadas com o controle de constitucionalidade); art. 103 (mecanismos processuais para o controle concentrado de constitucionalidade); e art. 125, § 2.º (previsão do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em contraste com as Constituições Estaduais).

A segunda fonte a sustentar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode ser chamada de *processual*, visto que concerne ao *modo pelo qual aquela se desenvolve*, ou seja, o *processo*. O pensamento mais moderno, que encontra em Elio Fazzalari seu precursor, tem refutado ao processo a natureza de *relação jurídica* e reabilitado no seu conceito a noção de *procedimento*, compreendido como *sucessão de atos normativamente disciplinados, vinculados reciprocamente e ordenados à preparação de um provimento imperativo, somado ao contraditório, percebido como garantia de participação nessa preparação, em situação de simétrica paridade, dos interessados, isto é, daqueles que serão atingidos em suas esferas jurídicas pelo aludido provimento*. *Processo*, portanto, é uma espécie de *procedimento*, justamente aquela *realizada em contraditório*.¹⁹ Por sua vez, para Flaviane de Magalhães Barros, pode-se pretender a apropriação da teoria do processo como procedimento em contraditório como adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.²⁰

Cumprir enfatizar que o contraditório, nessa tendência doutrinária, além de passar a integrar a própria concepção de processo, deixou de ser visto nas limitadas expressões de *ciência bilateral dos termos e atos do processo e possibilidade de contrariá-los*, como deixou legado Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ou de *informação necessária e reação possível*, na síntese de Sergio La China,²¹ para ser contemplado como *garantia de participação em simétrica paridade no procedimento*. O contraditório ganha um significado, sobretudo *político*, pois confere ao processo judicial uma *face democrática*, legitimando-o como instrumento para o exercício do poder estatal *sub specie jurisdictionis*.²² E o processo jurisdicional é assumido, a partir dessa ótica, como um *microcosmo da democracia participativa*.²³

Trata-se da *construção participada da decisão*,²⁴ reflexo da chamada *visão cooperativa do processo*.²⁵ Outrossim, a decisão judicial necessita ser a mais correta, a mais justa, à luz dos elementos do caso concreto, pois o julgador, mesmo nas hipóteses que comportem mais de uma solução plausível, não ostenta poder de livre escolha ou discricionariedade. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação, decorrente de sua efetiva correspondência à ordem jurídica.²⁶

A jurisdição constitucional, seja por via de ação (controle concentrado de constitucionalidade), seja por via de exceção (controle difuso de constitucionalidade), *sempre se exerce por meio do processo e culmina com um pronunciamento judicial*. E, nessa seara, quanto maior o espectro de abrangência dos efeitos do provimento, maior o número de entes legitimados a integrar o contraditório, isto é, a *participar democraticamente do procedimento que precede sua formação e com ele se conclui*. Observe-se, por exemplo, que no âmbito do *controle difuso de constitucionalidade*, em que a questão constitucional é apreciada *incidenter tantum*, como verdadeira prejudicial, e o provimento jurisdicional emitido em princípio deverá operar efeitos apenas *inter partes*, a imprescindível participação será destas, com a eventual possibilidade de assistência ou intervenção de terceiros, nas formas dos arts. 50 e seguintes do Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Por outro lado, tratando-se do *controle concentrado*, em que a verificação da constitucionalidade da lei ou ato normativo é o próprio *thema decidendum* e a decisão terá efeitos *erga omnes*, abre-se ampla oportunidade de participação, com a admissão da figura do *amicus curiae* (art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999 e art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 9.882/1999), providência que confere aos chamados *processos objetivos* caráter pluralista²⁷ e por isso reforça a legitimação democrática da jurisdição constitucional.²⁸

Em acréscimo, o resultado final da atividade jurisdicional haverá que ser, invariavelmente, uma decisão dotada de adequada e suficiente fundamentação, que considere e sopesse seriamente as contribuições argumentativas e probatórias trazidas pelos sujeitos processuais interessados. A fonte *processual*, que confere à jurisdição constitucional uma *legitimação de natureza democrático-participativa*, origina-se positivamente, no Texto Maior, da cláusula do devido processo legal, da garantia do contraditório e do dever de motivação das decisões judiciais (art. 5.º, LIV e LV, e art. 93, IX, da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Finalmente, merece registro uma terceira fonte, que se pode denominar *técnico-profissional* e que

fornece à jurisdição constitucional uma *legitimação por expressa delegação constitucional*. Conforme leciona Rodolfo de Camargo Mancuso, incumbe precipuamente ao Poder Judiciário a aplicação da norma de regência aos casos concretos que lhe são apresentados, tratando-se sempre de atuação *a posteriori*, dependente de provocação e balizada por esta, o que se explica pelo fato de que a legitimidade dos julgadores não apresenta origem popular, e sim *de base técnica*.²⁹ Ademais, como bem registra Luís Roberto Barroso, a maioria dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercitada por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atividade é de natureza predominantemente *técnica e imparcial*.³⁰

Com efeito, o juiz, nos sistemas de tradição romano-germânica (*Civil Law*), não detém grande margem de liberdade criativa na aplicação do direito, estando jungido ao *critério de legalidade*, em sentido lato, isto é, deve se ater aos dados objetivos extraídos da Constituição e dos atos normativos em geral (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos, portarias etc.), exigindo-se dele, por conseguinte, adequado preparo intelectual e técnico-científico e invulgares conhecimentos e compreensão do ordenamento jurídico, além de idoneidade moral. Eis porque a Lei Maior mesma, atenta às peculiaridades do labor judicante e à necessidade de se escolherem aqueles que em tese se mostrem mais aptos a exercê-lo, instituiu dois modos essenciais para a seleção e investidura originária de magistrados, quais sejam, no que concerne aos juízes de carreira, o concurso público de provas e títulos, realizado pelo respectivo tribunal (da União, dos Estados ou do Distrito Federal) e com a participação da OAB em todas as suas fases (art. 93, I, combinado com o art. 96, I, c, da CF/1988 (LGL\1988\3)), e, no que se refere a membros dos tribunais, a nomeação pelos chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal (arts. 84, XIV e XVI, 101, 104, 107, 111, 119, II, 120, III, 123 e 125, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Em ambas as situações, porém, buscaram-se os mais qualificados para integrarem os quadros do Poder Judiciário brasileiro, quer pela submissão a rígidos certames, nos quais não só se afere o nível dos conhecimentos jurídicos dos candidatos, como também se investiga a lisura de suas vidas pregressas, quer pelos requisitos do notável saber jurídico, do tempo mínimo de experiência profissional e da reputação ilibada que devem nortear as indicações pelo Presidente da República ou pelos Governadores dos Estados e do Distrito Federal. Em ambas, outrossim, a Carta Magna (LGL\1988\3) promoveu *expressa delegação* para essas escolhas: aos tribunais, na primeira, e aos chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal, na segunda.

Superada a averiguação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira, cabe indagar quais os seus limites, ou seja, quais as fronteiras que, se transpostas, ensejarão clara invasão e usurpação das esferas de competências reservadas ao Legislativo e ao Executivo, bem como quais as cautelas necessárias para minimizar os riscos de um exagerado protagonismo do Poder Judiciário no trato de temas em princípio mais afeitos à esfera política. Neste ponto, imperioso abordar os contemporâneos fenômenos da *judicialização da política* e do *ativismo judicial*.

4. O TERCEIRO DILEMA: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ENTRE ATIVISMOS E PASSIVISMOS

Luís Roberto Barroso explana que a *judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, isto é, o Congresso Nacional e o Poder Executivo, o que, como intuitivo, envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações marcantes na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.³¹ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a fim de que a expressão *judicialização da política* preserve a devida clareza e a densidade conceitual e não se disperse em indesejável vacuidade ou latitude excessiva, ela há que ter por significado o acesso à Justiça de controvérsias relativas às diversas políticas públicas programadas ou implantadas pelo Estado.³² Eduardo Cambi, ao seu turno, afirma que o direito constitucional judicializou a política, posto que esta, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passou a ser um de seus temas, abrindo margem a uma *relação de complementaridade* entre ambos.³³

Três fatores podem ser arrolados como determinantes da judicialização da política no Brasil: (a) a *redemocratização* do país, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário e aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira; (b) a *constitucionalização abrangente*, que incorporou na Lei Maior inúmeras matérias antes deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e (c) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais amplos do mundo, combinando aspectos dos sistemas americano (controle incidental e difuso, por qualquer juiz ou tribunal) e europeu (controle concentrado por meio de ação direta) e concedendo a diversos órgãos e entes a legitimação para a iniciativa dos processos

objetivos.³⁴ Em acréscimo, o fenômeno não é gerado espontaneamente, nem é autopoiético, mas radica, remotamente, na recusa, na leniência ou na oferta insatisfatória de prestações primárias que deveriam ser disponibilizadas pelo Poder Público à população. Essa postura ineficiente abre um vácuo que passa a atrair as demandas reprimidas e as insatisfações gerais, as quais, restando sem atendimento e sem canal de expressão adequado, acabam se voltando para a instância que se apresenta quando as demais falham: o Judiciário.³⁵

Luís Roberto Barroso também esclarece habilmente o que se deve entender por *ativismo judicial* e quais as suas causas, características e relações com a judicialização:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”³⁶

A postura ativista, por conseguinte, está associada a uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência nos âmbitos de atribuições do Legislativo e do Executivo, manifestando-se por meio de diferentes condutas, tais a aplicação direta da Lei Maior a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, bem assim a imposição de ações ou abstenções aos Poderes Públicos, notadamente no que tange a políticas públicas.³⁷

Pode-se observar que a judicialização da política é atualmente inevitável em nosso país, dados o caráter analítico da Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988 e o amplo acesso ao Poder Judiciário que ela garantiu. Ao introjetar a disciplina de determinadas matérias (ainda que *prima facie* de índole política) e lhes conferir assim feição normativa da mais alta estatura, a Constituição institui critérios jurídicos para a avaliação de condutas a elas relacionadas, cria situações subjetivas ativas e passivas e fomenta pretensões suscetíveis de serem deduzidas em juízo. Ademais, devido à expansão do controle jurisdicional e do universo dos legitimados a invocá-lo, que não mais engloba apenas os titulares dos interesses substanciais contrariados ou insatisfeitos, tendo sido acrescido de outros órgãos e entidades aos quais se abrem as vias das ações coletivas e dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, é certo que qualquer ato comissivo ou omissivo dos Poderes Legislativo e Executivo pode ser questionado e submetido à apreciação do Judiciário, que verificará sua conformidade com a ordem jurídica como um todo, em especial com o estrato constitucional, e concluirá, em caso positivo, por sua validade ou licitude, ou, em caso negativo, por sua invalidade ou ilicitude, julgando a causa de acordo com tal conclusão. Trata-se de *regular exercício da atividade típica* do Poder Judiciário, que a este não é possível declinar quando presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e as condições da ação. Não há aí nenhuma invasão ou usurpação de competências alheias.

Destarte, o cerne da controvérsia não se situa na judicialização dos megaconflitos em si mesma, já que é uma virtualidade em um sistema que resguarda a *universalidade da jurisdição*, porém se desloca para outro foco, o dos excessos que, a partir daquela judicialização, podem vir a ser cometidos, mormente quando a conduta judicial revelar incapacidade de recepcionar e mensurar os elementos no entorno da questão central, que com ela compõem um só contexto, ou quando faltar ao magistrado percepção mais acurada e sensível no tocante ao balanço entre custo e benefício ou em face dos contingenciamentos financeiro--orçamentários a que estão sujeitos os órgãos e entes demandados.³⁸ Por isso, avulta a importância de serem tomados em conta pelo Judiciário, sempre que instado a se pronunciar sobre questão de natureza política, os critérios de sua *capacidade institucional* para melhor resolvê-la, em detrimento do *locus* deliberativo primariamente encarregado, e dos *efeitos sistêmicos de sua decisão*, isto é, dos perigos de repercussões externas imprevisíveis e indesejadas.³⁹ Tais cautelas, entretanto, não devem servir para intimidá-lo ou constrangê-lo no desempenho de seu nobre mister de guardião máximo da ordem constitucional.

Têm razão Ronald Dworkin e Eduardo Cambi, ao asseverarem que a transferência de poder político ao Judiciário certamente fará com que a maioria dos cidadãos, notadamente aquela imensa parcela destituída de privilégios, ganhe mais do que perca. De fato, conquanto o aparato judicial se mostre imperfeito, em muitos casos será o último refúgio para a exigência de satisfação dos direitos fundamentais dos excluídos, não raras vezes completamente ignorada pelo Legislativo e pelo Executivo. Essa pretensão, deduzida perante os órgãos jurisdicionais, ao menos será analisada e receberá decisão fundamentada, ainda que contrária à sua tutela. Portanto, a singela possibilidade da minoria de acessar o Poder Judiciário em busca de proteção aos seus interesses jurídicos já consubstancia um eficaz instrumento para impedir a *ditadura da maioria*. A jurisdição constitucional, assim, é capaz de estabelecer um *compromisso constante* entre a maioria e a minoria, em favor da paz social.⁴⁰ Outrossim, a sua intervenção não é irrestrita, dependendo, além da provocação dos legitimados, da constatação da infringência de preceitos da Lei Maior, mormente daqueles que consagram direitos fundamentais, hipótese em que não poderá se eximir de tutelá-los.

Em suma, trata-se da defesa de um *ativismo judicial responsável*, comprometido com a implementação das disposições constitucionais e com a efetivação dos direitos fundamentais de todos, todavia ciente das limitações institucionais e técnicas inerentes ao Poder Judiciário e da necessidade de respeitar o jogo democrático e de motivar consistentemente as decisões que impliquem censura aos atos comissivos ou omissivos dos outros Poderes Públicos.⁴¹ Dentro desse *modelo ideal* que se preconiza, algumas diretrizes merecem nortear o comportamento do juiz constitucional: (a) ele só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (b) deve guardar deferência relativamente às decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação haverá, na medida do possível, que estar em sintonia com o sentimento social, porém sem resvalar para o *populismo*, posto que a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, são condição para o funcionamento do constitucionalismo democrático.⁴²

5. CONCLUSÃO

Após as reflexões adrede tecidas, parece restar claro que os três dilemas do Estado Democrático de direito no constitucionalismo contemporâneo trazidos no presente texto somente têm soluções satisfatórias perante a realidade sociopolítica brasileira se não perdida de vista a Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988, porquanto é apenas ela que pode fornecer o *conceito de Constituição constitucionalmente adequado*, de que dependem inexoravelmente as respostas aos questionamentos. Do contrário, continuar-se-á no terreno das abstrações e elucubrações, sem muitos resultados úteis sob as perspectivas teórica e prática.

Fixada tal premissa, e realizada a leitura da Lei Maior guiada por aquelas indagações, não é difícil perceber que ela se filia ao paradigma substancialista, contemplando numerosos preceitos de conteúdo material e atribuindo à jurisdição constitucional, por conseguinte, a tarefa de torná-los efetivos, a par da também relevantíssima incumbência de resguardar a integridade das estruturas político-deliberativas da formação da vontade coletiva. Noutro ângulo, a Carta Magna (LGL\1988\3) legitima democraticamente a jurisdição constitucional por meio de três fontes primordiais, que denominamos *de funcional-material* (legitimação de natureza substancial), *processual* (legitimação de natureza participativa) e *técnico-profissional* (legitimação por expressa delegação constitucional). Por derradeiro, a concretização das disposições constitucionais demanda certo grau de ativismo judicial, o qual não deve ser leviano, tendo antes que respeitar critérios norteadores capazes de compatibilizá-lo com as exigências democráticas.

Ao fim e ao cabo, a preocupação e o compromisso fundamentais dos cientistas e aplicadores do direito, mais do que com opiniões herméticas e formulações sistemáticas, hão que ser com o resgate das incumpridas promessas emancipatórias trazidas no art. 3.º da CF/1988 (LGL\1988\3), de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); garantir o desenvolvimento nacional (inc. II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um "locus" da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. Tese de Doutorado em Direito, Santa Catarina, Florianópolis, Universidade Federal

de Santa Catarina, 2008. Disponível em: [www.tede.ufsc.br/tedesimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=757]. Acesso em: 12.01.2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Mundo jurídico*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf]. Acesso em: 20.02.2012.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarro-so_para_Selecao.pdf]. Acesso em: 26.01.2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DAMASCENO, Kleber Ricardo. *O novo contraditório e o processo dialógico: aspectos procedimentais do neoprocessualismo*. Dissertação de Mestrado em Direito, Paraná, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2010, p. 184. Disponível em: [www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&Itemid=70&limitstart=20]. Acesso em: 17.06.2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madri: Trotta, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. 1.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Mundo jurídico*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br]. Acesso em: 26.06.2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.

1 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 40.

2 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Mundo jurídico*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf]. Acesso em: 20.02.2012. p. 6-8.

3 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 140-141.

4 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 216.

5 LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 146.

6 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. 1, p. 325-326.

7 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19-26.

8 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88-90.

9 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 581.

10 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 427.

11 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 7.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 75-76.

13 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179.

14 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* cit., p. 32-34.

15 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2009. p. 152.

16 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarro-so_para_Selecao.pdf]. Acesso em: 26.01.2012. p. 12.

17 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madri: Trotta, 2004. p. 25-27.

18 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas*

públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 212.

19 FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 109-124.

20 BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 13-14.

21 Apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 29.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 454-456; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *O novo contraditório e o processo dialógico: aspectos procedimentais do neoprocessualismo*. Dissertação de Mestrado em Direito, Paraná, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2010, p. 79-86. Disponível em: [www.cj.uenp.edu.br]. Acesso em: 17.06.2012.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27; ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um "locus" da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. Tese de Doutorado em Direito, Santa Catarina, Universidade Federal de Santa Catarina, 2008, p. 440. Disponível em: [www.tede.ufsc.br/tedesimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=757]. Acesso em: 12.01.2012.

24 BARROS, Flaviane de Magalhães. Op. cit., p. 14.

25 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Mundo jurídico*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br]. Acesso em: 26.06.2011. p. 16.

26 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização cit., p. 14; MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 447-449; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 191.

27 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1287.

28 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 400-401.

29 Idem, p. 91.

30 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização... cit., p. 11.

31 Idem, p. 3.

32 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 76.

33 CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 211.

34 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização... cit., p. 3-4.

35 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 76-77.

36 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização... cit., p. 6.

37 Idem.

38 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 83.

39 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização... cit., p. 16-17; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 83-85.

40 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 30-32; CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 246-247.

41 Idem, p. 312.

42 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização... cit., p. 14.