



JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: a legitimação do Poder Judiciário enquanto detentor da última palavra na garantia dos direitos fundamentais sob a ótica da teoria do diálogo institucional

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND INSTITUTIONAL DIALOGUE: the legitimization of the Judiciary as holders of the last word in guaranteeing fundamental rights from the perspective of institutional dialogue theory

Sara Barros Pereira de Miranda
José Elias Gabriel Neto
Igor Barros Santos

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a judicialização da política sob a perspectiva do diálogo institucional como caminho alternativo à diminuição da expansão do Poder Judiciário. A judicialização da política pode ser compreendida como o fenômeno por meio do qual os juízes e tribunais dominam, ou tendem a dominar, a produção de políticas públicas ou o processo pelo qual negociações não judiciais tendem a ser dominados por regras e procedimentos judiciais. O diálogo institucional é um modelo de estruturação das instituições que possibilita a comunicação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, a fim de rediscutir decisões proferidas por este último poder em atenção à máxima da efetivação dos direitos fundamentais. O objetivo principal do artigo foi analisar em que medida as teorias do diálogo institucional podem contribuir para diminuição dos entraves entre Poder Judiciário e Legislativo, na tomada de decisões de significativo impacto social. Os objetivos específicos estão relacionados à análise da judicialização da política e dos fatores que promovem a sua existência e manutenção no Brasil; e a análise da teoria do diálogo institucional, a fim de compreender as teorias que sustentam essa modalidade de relação interinstitucional. O artigo foi desenvolvido a partir do levantamento bibliográfico de artigos, livros, dissertações e teses, publicados na íntegra em português e inglês.

Palavras-Chave: Judicialização da Política; Diálogo Institucional; Poder Judiciário; Poder Legislativo; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the judicialization of politics from the perspective of institutional dialogue as an alternative path to the reduction in the expansion of the Judiciary. The judicialization of politics can be understood as the interest through which judges and courts dominate, or tend to dominate, the production of public policies or the process through which non-judicial negotiations tend to be dominated by judicial rules and procedures. Institutional dialogue is a model of structuring institutions that enables communication between the Legislative Power and the Judiciary, in order to re-discuss decisions undermined by the latter power in compliance with the maximum enforcement of fundamental rights. The main objective of the article was to analyze the extent to which institutional dialogue theories can contribute to reducing obstacles between the Judiciary and Legislative Powers, in making decisions with significant social impact. The specific objectives are related to the analysis of the judicialization of politics and the factors that promote its existence and maintenance in Brazil; and the analysis of the theory of institutional



dialogue, in order to understand the theories that support this type of interinstitutional relationship. The article was developed from a bibliographical survey of articles, books, dissertations and theses, published in Portuguese and English.

Keywords: Judicialization of Politics; Institutional Dialogue; Judicial power; Legislative power; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Um dos fenômenos que acompanha a ideia do constitucionalismo moderno e da democracia é a judicialização da política, que pode ser compreendida como a transferência de discussão de importantes dilemas morais, questões de políticas públicas e de controvérsias políticas dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário.

Com sistemas judiciais recentes que adquiriram mecanismos de controle de constitucionalidade, muitos Tribunais ao redor do mundo são, constantemente, chamados para resolver problemas que tocam a extensão das liberdades de expressão e religiosas, direitos de igualdade e privacidade, direitos relacionados à saúde, reprodução, dispensação de medicamentos e tantas outras matérias consideradas controversas e cujo conteúdo está enriquecido de preceitos morais e políticos (Hirschl, 2009).

De acordo com Tate e Vallinder (1995, p. 28), a judicialização da política pode ser conceituada como o (1) meio pelo qual os tribunais e magistrados dominam, ou tendem a dominar, a produção de políticas públicas que eram anteriormente desenvolvidas por outras instituições governamentais; (2) bem como o processo pelo qual negociações não judiciais tendem a ser dominados por regras e procedimentos judiciais.

O primeiro conceito está diretamente relacionado à elaboração de políticas públicas por juízes e tribunais, de modo que passam a decidir acerca de questões políticas que, até então, não eram tradicionalmente relacionadas à sua atividade. O segundo está relacionado à expansão simbólica e prática dos procedimentos tidos como essencialmente jurídicos em diversos contextos da vida política.

Tendo por fundamento os conceitos apresentados, é possível afirmar que os principais componentes da judicialização são: 1) a presença de um novo ativismo judicial, a partir do surgimento de novas demandas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; 2) interesse dos políticos e administradores em adotar métodos e procedimentos próprios dos tribunais e seus parâmetros jurisprudenciais nas suas deliberações (Nunes Junior, 2016).

Nas palavras de Barroso (2016, p. 385), a judicialização da política é um fenômeno que representa não apenas a participação do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas e na juridificação da vida social, mas também ilustra “[...] a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e interpretação do direito”.

Para Verbicaro (2008, p. 391), a judicialização da política tem como “objetivo promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado”, razão pela qual é possível observar a aproximação entre o direito e a política, bem como a mitigação ao conceito de legitimidade democrática. Nesse sentido, o político é processado pelo jurídico a fim de assegurar a respeitabilidade dos direitos fundamentais e do texto constitucional.

No Brasil, a expansão da atuação do Poder Judiciário decorre da própria Constituição



que o legitimou a atuar na concretização das promessas estatais, a exemplo da saúde, educação, alimentação, segurança, previdência social, entre outros, transpondo a separação do direito e da política, ao dispor acerca da inafastabilidade da jurisdição (Brasil, 1988).

Em meio ao contexto apresentando, levanta-se o questionamento quanto à possibilidade dos Poderes Legislativo e Judiciário desenvolverem mecanismos de diálogo institucional a fim de encontrar melhores respostas às demandas político-jurídicas que são constantemente discutidas por este último poder e que refletem em toda a sociedade.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem por objetivo principal analisar o diálogo institucional como medida para enfrentamento da judicialização da política e retomada de discussões nos espaços de representatividade majoritária.

Os objetivos específicos da presente pesquisa representam a estruturação e disposição dos tópicos, quais sejam: analisar as condições da judicialização da política no Brasil e; discorrer sobre os diálogos institucionais disponíveis no ordenamento jurídico nacional, a fim de compreender se são suficientes à atender a complexidade das discussões travadas no âmbito do Poder Judiciário.

Em termos metodológicos, o presente artigo foi desenvolvido a partir do levantamento bibliográfico de artigos, livros, dissertações e teses, publicados na íntegra em português e inglês, cujo conteúdo está relacionado com a temática da judicialização da política, do diálogo institucional e da garantia de direitos fundamentais.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

1.1 Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil

No início dos anos 90, Tate e Vallinder (1995) desenvolveram estudos acerca das condições facilitadoras da judicialização da política em diferentes países, a exemplo da Itália, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Israel, Suíça e outros. Em sua pesquisa, os autores apresentam uma lista de condições facilitadoras da judicialização, quais sejam: (1) democracia; (2) separação de poderes; (3) política de direitos; (4) uso dos tribunais por grupos de interesse; (5) uso dos tribunais por partidos de oposição; (6) inefetividade das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria; (7) percepção negativa das instituições formuladora de políticas públicas; (8) delegação (intencional) de atribuições das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria.

Na compreensão dos autores, algumas dessas características são vistas com maior ou menor intensidade a depender do país, razão pela qual descrevem que não há uma fórmula universal que acolha todas as manifestações possíveis das condições facilitadoras da judicialização da política. No entanto, fazem a ressalva de que apenas uma destas é indispensável quando se fala da judicialização, qual seja: a democracia. Tendo em vista que em regimes autoritários é inimaginável que um ditador conviva ou mesmo permita que juízes nominalmente independentes aumente sua participação na tomada de decisões importantes em políticas (Tate; Vallinder, 1995).

Por meio deste estudo, os autores empreendem o esforço de estabelecer um rol de condições que possa servir de referência incontestável para avaliar o nível de atuação do Poder Judiciário na construção de políticas públicas ou no uso de procedimentos jurídicos no ambiente político, a fim de determinar se se trata de um Poder Judiciário mais ou menos



ativista ou contencioso (Tate; Vallinder, 1995).

No Brasil, alguns autores empreenderam estudos acerca da temática, a exemplo de Barroso (2012), Brandão (2013) e Verbicaro (2008) com vistas de estabelecer um rol de condições facilitadoras da judicialização da política. Por exemplo, Barroso (2012) descreve três condições, quais sejam: o processo de redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade.

Por sua vez, Brandão (2013) apresenta que existem condições políticas e institucionais que estão atreladas ao surgimento da judicialização no Brasil. As condições políticas seriam (1) a democracia e o pluralismo político; (2) o federalismo e a separação entre os poderes; (3) a ineficiência e perda de confiança do povo nos partidos políticos e nas instituições majoritárias (Poder Executivo e Poder Legislativo) e fortes esperanças depositadas no Poder Judiciário. As condições institucionais seriam (1) o extenso catálogo de direitos alocados em nível constitucional; (2) o acesso e uso das cortes por grupos de interesse e partidos de oposição por meio do controle de constitucionalidade; (3) os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade, se erga omnes e vinculantes ou inter partes; (4) o rol de competências concedidas à Suprema Corte ou Corte Constitucional; e (5) a constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional.

Na compreensão de Verbicaro (2008) o rol de condições facilitadoras da judicialização no Brasil é mais extenso, contando com 13 itens, quais sejam: 1) a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988; 2) a universalização do acesso à justiça; 3) a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado (Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo); 4) a existência de uma carta constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; 5) a crise do paradigma positivista e o modelo formalista de interpretação, regido por cânones e por intérpretes dotados de especial autoridade; 6) a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal (STF); 7) a permissão constitucional para o Poder Executivo medidas provisórias em situações de relevância e urgência; 8) a ampliação do rol de legitimados ativos para propor ações do controle concentrado e agir em defesa de direitos coletivos; 9) a rápida modificação da base econômica do Brasil, decorrente dos processos de modernização e desenvolvimento econômico acelerados; 10) a existência de novas forças sociais representadas por organizações e grupos sociais que passaram a se organizar e recorrer ao Poder Judiciário para concretizar e garantir seus direitos; 11) o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX; 12) a hipertrofia legislativa ou sobrejuridificação da realidade social; e 13) a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório (crise de legitimidade).

Dentro dessas listas de condições que os autores apresentam, algumas se mostram com maior relevância, tendo em vista que a partir destas outras condições podem ser vistas. Para tanto, serão analisadas com maior detalhe as seguintes condições facilitadoras: a democracia, a constitucionalização abrangente de direitos, o modelo de separação de poderes, o sistema de controle de constitucionalidade e o rol de legitimados ativos para propor ação perante o STF.

(1) Democracia. O processo de redemocratização no Brasil tem como momento culminante a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, que promoveu significativas mudanças no ordenamento jurídico com a inserção dos princípios constitucionais e do rol de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, a exemplo da liberdade de expressão, associação, pluralismo político, soberania, dignidade da pessoa humana, sufrágio universal etc. Por meio da CF de 1988, há o estabelecimento de valores e direitos a serem



resguardados não apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário, que, comprometido com a defesa dos indivíduos e grupos sociais deve participar da efetivação destes direitos com a ideia que subjaz no princípio da inafastabilidade da jurisdição. É nessa perspectiva que o Poder Judiciário se insere na temática judicialização da política, alcançando o espaço político. Nas palavras de Barroso (2012, p. 24) o processo democrático tornou o Poder Judiciário um ator necessário na garantia dos direitos e no exercício dos valores constitucionais, conforme descrito na citação:

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

(2) Constitucionalização abrangente dos direitos fundamentais. No processo de redemocratização dos países após a II Guerra Mundial muitos ampliaram o rol de direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais com receio de que novamente pudessem perpassar pelas atrocidades vivenciadas durante a guerra. Nesse sentido, é verificado esse movimento em países como Portugal (1976) e Espanha (1978), e o Brasil também adotou essa medida no pós-ditadura militar. Fala-se que o Constituinte Originário é demasiado desconfiado das instituições, razão pela qual se preocupou em colocar um rol extenso de direitos e garantias fundamentais não apenas em um ou outro artigo, mas por toda a CF de 1988, tornando-a analítica, ambiciosa e com objetivos prospectivos – por vezes inalcançáveis. Por exemplo, o direito à saúde é disciplinado de forma expressa no art. 196 e seguintes, mas também de forma indireta na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e no direito à vida (art. 5º, caput).

Nas palavras de Sadek (2004, p. 80) o que ocorreu no Brasil é característico dos processos de redemocratização, em que são incorporados valores do constitucionalismo ao máximo:

Efetivamente, além de garantir os direitos individuais, típicos do liberalismo, consagrou uma ampla gama de direitos sociais e coletivos e definiu metas. Trata-se de texto essencialmente programático, com os direitos e deveres individuais e coletivos aparecendo antes mesmo da organização do Estado.

O resultado é que matérias políticas se tornam objeto do direito, na medida em que “[...] uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial” (Barroso, 2012, p. 24).

Por exemplo, no caso da saúde, uma situação fática que pode se tornar objeto de



processo judicial é a solicitação do acesso a leito de UTI ou a dispensação um medicamento de alto custo não fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e o Poder Judiciário não pode se imiscuir de responder a esta solicitação.

São demandas que, em razão do compromisso constitucional em garantir os direitos ali contidos, como saúde, educação, meio ambiente, alimentação, moradia, transporte, lazer etc., não há como o Poder Judiciário, numa postura contida e deferente, informar que se trata de um assunto que está relacionado muito mais com a atuação do Poder Executivo ou Legislativo, do que com a sua atuação. O compromisso que a CF de 1988 impôs ao Poder Judiciário e aos seus integrantes lhes permitem

[...] agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos.

[...] A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. Em consequência, o foco central passa a estar em questões concretas, de natureza social, política e econômica, fortalecendo a inclinação do Direito de tornar-se pragmático, embaçando as fronteiras entre o Direito e a política. Daí, também, a tendência das Constituições mais recentes serem extremamente detalhadas, procurando resolver temas vistos como relevantes e especificar metas, regras e políticas de governo (Sadek, 2004, p. 79-80).

Há um grau de detalhamento dos direitos constitucionais que, quando combinado com a ideia de inafastabilidade da jurisdição e também das competências que impõe ao Poder Judiciário participar da resolução de conflitos entre o Poder Executivo e Poder Legislativo, necessariamente, haverá sua interferência nos processos decisórios políticos, em maior ou menor grau.

(3) O modelo de separação de poderes. O modelo desenhado por Montesquieu (2012) no século XVIII propõe que seria impensável, para garantia e a manutenção das liberdades fundamentais e dos direitos dos cidadãos, a reunião dos poderes nas mãos de um só, por esse motivo não se pode falar em liberdade quando o mesmo homem, ou o mesmo grupo de pessoas exercem a função de criar as leis, de executá-las e de julgar os crimes e as questões dos particulares.

Ao discorrer sobre o Poder Judiciário, Montesquieu (2012, p. 199) declarou não se tratar de um autêntico poder político, sendo os juízes apenas a “boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força nem o rigor”, razão pela qual o magistrado realizaria seu trabalho utilizando o método de subsunção do fato à norma. Porém, a partir do momento em que as normas começaram a carregar consigo um conteúdo de direitos e garantias fundamentais, com tessitura aberta e exigindo que o Judiciário se manifestasse nos casos de ameaça ou violação de direito, a postura dos juízes e tribunais deverá ser outra, não mais pautada numa atividade mecânica, neutra e desprovida de criatividade.

Diante da complexidade dos fatos sociais e do compromisso que o Poder Judiciário assume nas normativas em nível internacional e nacional de garantia dos direitos, o juiz frequentemente se depara com “normas abertas”, que dependem da valoração humana para



adquirir seu significado e que lhes proporcionam certa margem de liberdade para decidir o caso concreto considerando as interpretações possíveis, demandando uma atuação enérgica dos magistrados e Tribunais. É nesse sentido que Ferraz Júnior (1994, p. 19) descreve que há uma alteração da posição do juiz, cuja neutralidade é afetada:

[...] ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma *desneutralização*, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*) (grifos do autor) (Ferraz Júnior, 1994, p. 19).

No modelo tripartite de separação de poderes adotado no Brasil, embora haja o reconhecimento da independência e autonomia de funcionamento de cada um dos poderes, o que conduz a um ambiente de maior respeitabilidade das suas decisões, é inegável que “[...] o Poder Judiciário desfruta de prerrogativas que o autorizam e o legitimam a atuar como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes do estado” (Verbicaro, 2008, p. 394).

O papel do Poder Judiciário foi profundamente redefinido a partir da CF de 1988, que alargou sua margem de atuação com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, demonstrando se tratar de um ponto de inflexão quando comparado com os textos constitucionais anteriores. Tratou-se de um momento de mudança substancial no perfil do Poder Judiciário, tendo em vista que o empurrou para o centro da vida pública (Sadek, 2004).

O Poder Judiciário assume o papel de legislador negativo, ao determinar a suspensão da eficácia da norma ou de parte dela, mas também atua como legislador positivo, quando interpreta, aplica ou define o sentido a abrangência de alcance do texto normativo (Verbicaro, 2008).

Para Tate (1995), o Judiciário estaria em uma posição institucional confortável quando formula políticas públicas contra os Poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista que os juízes estão salvaguardados pela independência e também pelo fato de que dificilmente será exigido que substituam seu próprio julgamento político por outro, ou mesmo para colocar em práticas suas decisões quando outros falharem em resolver uma questão política. Na perspectiva de Sadek (2004, p. 80), o modelo de separação de poderes adotado no Brasil:

[...] estimula mais o conflito entre os diferentes ramos do que a cooperação. Isto porque, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo, ampliando sua capacidade de fiscalizar e controlar o Executivo, facultou ao Executivo a possibilidade de legislar por meio de medidas provisórias. Essas potencialidades aumentaram a responsabilidade do Judiciário de exercer a mediação política entre os dois outros poderes e no controle constitucional dos atos legislativos e de governo.



Por essa razão alguns autores, a exemplo de Barroso (2012), legitimam a necessidade de uma atuação mais intensa por parte de juízes e tribunais, enquanto outros, como Waldron (2003) e Tushnet (2009) propõem uma postura mais contida, tendo em vista que, em nome da proteção dos direitos e garantias fundamentais, não pode o Judiciário usurpar o poder de deliberação popular e de representatividade, de modo a restringir o papel da política na tomada de decisão.

Há divisão entre as competências e atribuições de cada um dos poderes, mas quando confrontada com a garantia de direitos fundamentais, essa linha divisória desenhada pela separação de poderes ganha uma opacidade e pouco se consegue enxergar até onde o Poder Judiciário poderia ir no exercício de suas atividades.

(4) O sistema de controle de constitucionalidade. No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo, que reúne características dos sistemas europeu e americano, sendo assim, há o controle de constitucionalidade por ação direta e o controle de constitucionalidade por via incidental e difuso. Por consequência, tanto juízes de primeiro grau quanto o STF estão autorizados a intervir no controle das leis e no processo de elaboração e implementação de políticas públicas.

O sistema de controle difuso de constitucionalidade é aquele que possibilita que todo e qualquer juiz possa declarar a inconstitucionalidade das leis no julgamento do caso concreto, cujos efeitos incidirão somente entre as partes. Sendo assim, a norma declarada inconstitucional não sai do ordenamento jurídico em razão desta declaração, na verdade, ela é afastada no caso específico. Trata-se de medida que, nas compreensões de Barroso (2016, p. 122) “[...] é desempenhada com mais plenitude e singeleza que a competência do tribunais para a mesma providência”.

O sistema de controle concentrado, inspirado no modelo europeu, é exercido exclusivamente pelo STF e suas decisões terão eficácia erga omnes, de modo que a lei declarada inconstitucional será afastada do ordenamento jurídico. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e da Ação de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF), são levadas temáticas que o STF pode se debruçar e declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato praticado pelo Poder Legislativo ou Executivo. Nas palavras de Verbeke (2008, p. 397), esse modelo híbrido outorga ao Poder Judiciário, especialmente ao STF, enquanto guardião da constituição, uma posição de destaque na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que

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.

Nos últimos anos o STF já se manifestou sobre diversos assuntos políticos que chegaram ao seu conhecimento por meio de uma das ações do controle concentrado. Por exemplo: a) a ADPF nº 54, em que decidiu acerca da ilicitude do aborto nos casos de feto anencefálico; b) a ADI nº 3.510, em que decidiu acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, informando que estas violam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana; c) ADO nº 26, em que decidiu acerca da criminalização da homotransfobia e equiparou este





ao crime de racismo; d) a ADPF nº 130, em que estabeleceu a suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa; e) a ADI nº 6.341, em que se delimitou a competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia do coronavírus; f) a ADI nº 4.983, em que se decidiu acerca da inconstitucionalidade da vaquejada, com fundamento na exploração animal e na degradação de sua dignidade, dentre outras temáticas.

(5) O rol de legitimados ativos para propor ação perante o STF. O art. 103 da CF ampliou o rol de legitimados para propor a ADI e a ADPF perante o STF, a fim de agir na defesa de direitos coletivos em sentido lato. Atualmente são 09 agentes políticos que podem conduzir demandas políticas ao STF, dentre os quais se ressalta a atuação dos partidos políticos, sobretudo porque :

Tal ampliação de legitimidade, especialmente à concedida aos partidos políticos para requererem o controle e a revisão de atos políticos deliberados na arena majoritária, proporcionou um processo de fiscalização na elaboração e na execução de políticas públicas pela oposição política ao governo. Verifica-se, nesse contexto, a inserção do Poder Judiciário na arena política, na medida em que as oposições partidárias judicializam o processo legislativo e executivo a fim de limitar e/ou bloquear as políticas governamentais do Estado, incompatíveis com a Constituição (Verbicaro, 2008, p. 398).

O STF, na verdade, tem se tornado uma terceira vida de discussão da vida política. Quando o partido político perde a discussão no Congresso Nacional, torna por recorrer ao STF para reverter por via judicial o fracasso obtido no âmbito de representação majoritária. Em pesquisa realizada por Vianna, Burgos e Salles (2007), os autores analisaram quem eram os principais proponentes das ADIs durante os anos de 1988 a 2005. De acordo com a pesquisa, nos anos de 1988 a 1994, os governadores eram os principais proponentes das ADIs. Nos anos de 1995 a 2002, correspondente à candidatura da FHC, os partidos políticos ganharam relevância, com 456 proposituras de ADIs. Nos anos da candidatura de Lula (1003 a 2005), os procuradores foram os principais proponentes das ADIs, representando 35,9% do número total.

Com efeito, concluem que as ADIs se confirmam como uma via complementar da disputa política e no exercício da oposição não apenas no Congresso Nacional, mas também no Poder Judiciário.

1.2 O diálogo institucional como mecanismo de enfrentamento da judicialização da política

Em análise ao contexto da judicialização da política e das condições facilitadoras de sua existência no sistema jurídico-político brasileiro, questiona o seguinte: em que medida o diálogo institucional é um caminho viável para enfrentar a expansão do Poder Judiciário na discussão de matérias que, essencialmente, são políticas e, via de regra, deveriam ser discutidas pelo Poder Legislativo enquanto espaço de representação popular?

Para responder ao questionamento acima, o presente artigo analisou a teoria do diálogo institucional a fim de encontrar nela alguns pontos que poderiam ser incorporados ao sistema jurídico-político nacional, de modo a mitigar os entraves existentes na relação institucional entre Poder Judiciário e Poder Legislativo.

Diante da evidenciada necessidade de garantir maior estabilidade e efetivação dos



direitos fundamentais, alguns Estados, a exemplo do Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido, desenvolveram mecanismos alternativos ao modelo de interpretação e significação da constituição. Um modelo de revisão judicial das leis que visa mitigar as tensões existentes entre os Poderes Legislativo e Judiciário, a partir do momento em que possibilita haver uma revisão por parte da população quanto às decisões judiciais que lhes parecem inadequadas.

Trata-se de um modelo que busca incentivar as noções de participação popular, de debate político e colaboração institucional, de modo a evitar a ideia de que caberá ao Poder Judiciário a determinação da última palavra sobre temáticas polêmicas que envolvem políticas públicas e direitos fundamentais. Esse modelo é conhecido por promover o diálogo institucional entre os atores políticos responsáveis pela tomada de decisões de significativo impacto social:

A teoria do diálogo institucional visa a que Cortes e Parlamento, em especial, alcancem, conjuntamente, um equilíbrio de forças, com ganho democrático para todo o processo público de tomada de decisões. A teoria pode ser aplicada a qualquer Constituição que permita que o Poder Legislativo responda, por algum meio, a decisões judiciais que nulifiquem textos legais. Assim, o controle judicial de constitucionalidade não consubstanciaria barreira intransponível à instituição parlamentar (Amaro, 2017, p. 90).

Dentre os autores que discutem acerca da temática, Hogg e Bushell (1997) afirmam que o mecanismo de diálogo entre o Poder Legislativo e Judiciário funciona por meio da reversão, modificação ou repulsa Legislativa de uma decisão do Poder Judiciário, que é significativamente mitigada. Para ter certeza, a Corte pode forçar um assunto na agenda legislativa que o corpo de legisladores preferiria não ter que lidar.

E, claramente, os termos precisos de uma nova legislação seriam fortemente influenciados por essa decisão da Corte. O corpo legislativo seria forçado a atribuir grande peso aos valores constitucionais identificados pela decisão da Corte, ao conceber os meios de realizar os objetivos da carta constitucional.

Essa participação indispensável do Poder Legislativo no processo dialógico conduziu Manfredi e Kelly (1999) à construção de seis tipos de respostas legislativas que poderia ser ofertadas quando declarada a inconstitucionalidade de uma norma, que passam da inércia até a emenda da lei para acatar o comando judicial. “Tais graus podem ser positivos ou negativos: serão positivos quando envolverem atividade legislativa de reparo e negativos quando promoverem o mero afastamento do texto impugnado pela Corte” (Amaro, 2017, p. 90).

Por outro lado, existem diálogos voltados para a atuação do Poder Judiciário. Estes são desenvolvidos por meio técnicas dialógicas que estimulam um debate essencialmente endoprocessual com os demais ramos de governo e demais atores interpretativos da constituição, por exemplo, por meio da designação de peritos, da colheita de depoimento de especialistas ou mesmo através das audiências públicas, a fim de habilitar a Corte a promover um debate amplo sobre o ordenamento constitucional (Ramos; Rosário; Viana, 2019).

Na compreensão de Mendes (2008), o que está por trás da discussão do diálogo institucional não é somente a legitimidade do Poder Judiciário em delimitar a constitucionalidade de uma norma como constitucional ou inconstitucional. Para o autor, trata-se de uma questão que põe em evidência os contornos da democracia e do constitucionalismo. O primeiro por meio do parlamento, que ao fim é a expressão mais direta do ideal democrático. O segundo por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, Mendes (2008, p. 168-169) desenvolve uma resposta à discussão



da legitimidade de quem detém a última palavra decisória:

Decisões, mesmo que possam ser revistas, são mais ou menos duradouras e resistentes. Alguns de seus efeitos se consumam e, em certo sentido, tornam-se irreversíveis. O fato de ser interlocutora, por essa razão, não significa que a corte esteja isenta da responsabilidade de boas decisões e de um teste rigoroso de legitimidade. De qualquer modo, relativizar a importância da última palavra tem um valor. Se o ponto de chegada é sempre provisório, dever-se-ia atentar também para o caminho, o processo de interação que precede e sucede a decisão. Diálogo, no longo prazo, é inevitável. Decisões são tomadas e problemas concretos resolvidos, mas os mesmos temas são reprocessados pela comunidade política. Essa constatação trivial traz um elemento surpreendentemente novo para a reflexão sobre o papel e legitimidade do controle de constitucionalidade.

De fato, é possível afirmar que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, a despeito da separação de poderes, têm legitimidade para atuarem na garantia de direitos fundamentais e poderão optar por deferir, esperar ou desafiar o outro poder, desde que o façam com razões de melhor qualidade. É necessário lembrar que todas as instituições são falhas, razão pela qual precisam desenvolver mecanismos que as possibilitem alcançar melhores respostas em matérias de justiça. O Poder Judiciário, embora especializado e composto de agentes especializados, é apenas um dos atores que participa da engenharia político-jurídica, não sendo o único, nem se sobrepondo aos outros na interpretação constitucional (MENDES, 2008).

No Brasil, é possível citar alguns mecanismos dialógicos entre os poderes, as instituições e a sociedade, quais sejam: o *amicus curie* e a audiência pública. O primeiro tem previsão na Lei nº 9.868/1999 (art. 7º, §2º e art. 18) e no Código de Processo Civil (CPC). A segunda tem previsão na Lei nº 9.868/1999 (art. 9º, §§ 1º e 2º, art. 12-E, § 1º, art. 20, §§ 1º e 2º), na Lei nº 9.882/1999 (art. 6º, § 1º) e no CPC (art. 983, § 1º e art. 1.038, II). Outros mecanismos também podem ser exemplificados, como é o caso da participação de intervenientes obrigatórios no controle concentrado de constitucionalidade, o Procurador-Geral da República (PGR) e o Advogado Geral da União (AGU).

Para além destes mecanismos, é necessário repensar o papel de guardião exercido pelo STF, na medida em que o diálogo institucional permite vê-lo como mais um ator, mas não soberano ou exclusivo na interpretação e aplicação da CF de 1988:

Inclusive porque esse modo tradicional de se compreender a guarda da Constituição associada à última palavra é prejudicial à democracia, à deliberação e à interação entre os Poderes, enfraquece a legitimidade das decisões do próprio STF e pode favorecer uma postura de soberba quando ele busca impor sua decisão, ou um paternalismo infrutífero quando isenta os demais Poderes dos ônus decisórios que seriam de sua competência. Isso não significa que o Supremo não possa nem deva exercer sua competência, mas apenas que não precisa apelar para a ideia de supremacia judicial ou de última palavra. Ele pode exercer essa mesma competência de forma mais dialógica, interativa, educativa, pedagógica, apontando falhas, invalidades, e até mesmo suprimindo eventuais omissões, mas sempre de modo respeitoso, mantendo aberta a possibilidade de interação, participação, complementação ou mesmo retificação de sua decisão (De Godoy; Machado Filho, 2022, p. 121-122).

Os diálogos, no entanto, não podem ser compreendidos a partir de um conjunto de



procedimentos a serem cumpridos. Para, além disso, o diálogo exige engajamento, interação, interlocução, troca, acatamento ou superação do que é apresentado. Esse movimento somente ocorrerá com a participação do Legislativo e do Judiciário com o desenvolvimento de mecanismos dialógicos que não sejam apenas pela via endoprocessual, a exemplo do *amicus curie* e da audiência pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da política é fenômeno característico das democracias constitucionais, que surge em decorrência de diversas condições facilitadoras. Trata-se de manifestação do Poder Judiciário em temática de cunho essencialmente político e que possuem repercussão na esfera de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

No Brasil, alguns exemplos foram apresentados, a fim de demonstrar que se trata de um fenômeno que nasce da própria estrutura de competências atribuídas ao Poder Judiciário, mas também pela construção da ideia de separação de poderes, garantia de direitos fundamentais e modelo de controle de constitucionalidade adotado na CF de 1988.

Apresentou-se que o diálogo institucional, enquanto resultado de um movimento de aperfeiçoamento de mecanismos da democracia constitucional, tem como um dos seus objetivos reequilibrar as bases da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, reconhecendo as competências de cada poder e sugerindo uma atuação consensual, direcionada à garantia dos direitos fundamentais e dos projetos constitucionais.

No caso do Brasil, é possível chegar à compreensão de que os mecanismos dialógicos disponíveis ainda não estão aptos para o enfretamento da judicialização da política, haja vista que seu enfoque é endoprocessual. Necessitando, portanto, de outros caminhos de diálogo, a fim de quebrar o engessamento da ideia de separação de poderes que subjaz a compreensão da judicialização da política e a atuação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AMARO, Bethânia Pires. **Democracia e Diálogo Institucional**. 2017. 130f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) *thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15 de outubro de 1988. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de abril de 2024.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago., 2013, p. 175-220.

DE GODOY, Miguel Gualano; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos

Revista de Teorias da Justiça, da decisão e da argumentação jurídica | e-ISSN: 2525-9644 | Encontro Virtual | v. 10 | n. 1 | p. 39 – 52 | Jan/Jul. 2024.





institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **Revista de Informação Legislativa**, v. 59, n. 233, p. 117-133, 2022.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, 1994, n. 21, p. 12-21.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 139-178, 2009.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall LJ**, v. 35, p. 75, 1997.

MANFREDI, Christopher P.; KELLY, James B. Six degrees of dialogue: a response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, vol 37, n. 3, p. 513-526, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política. 2008, p. 193.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant (Barão de). **Do espírito das leis**: vol. 1. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Temas de Interesse do Legislativo, n.30. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; VIANA, Pedro Nilson Moreira. Uma abordagem conceitual da teoria do diálogo institucional na jurisdição constitucional portuguesa. **Galileu, revista de Direito e Economia**, v. 20, p. 7-36, 2019.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos avançados**, v. 18, p. 79-101, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 1-10.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 27-37.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong rights**: judicial review and social Welfare rights in comparative constitutional law. Princeton University, 2009.



VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo social**, v. 19, p. 39-85, 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 389-406, 2008.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.