

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONTRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA FORTALECIMENTO DE DEMOCRACIAS EM PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: CONTRIBUTION OF THE JUDICIARY TO STRENGTHENING DEMOCRACIES IN PROCESS OF CONSOLIDATION

Fabiola Utzig Haselof¹

Juíza Federal do TRF da 2ª Região (Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito administrativo; direito constitucional.

RESUMO: O fenômeno da expansão do poder judicial pode ser observado a nível global. O *fato social* da judicialização da política, como fenômeno que surge no contexto do Estado Constitucional, compele o Poder Judiciário a assumir um papel de protagonismo inclusive no campo político, cujo desempenho responsável e independente, especialmente nos países em desenvolvimento, constitui etapa fundamental do que pode ser considerado um processo em direção ao fortalecimento da democracia, e que tem como objetivo final a consolidação democrática, ainda não

alcançada entre nós. Por outro lado, em países cuja democracia encontra-se plenamente consolidada, observa-se uma autocontenção do Poder Judiciário.

ABSTRACT: *The expansion of the judicial power phenomenon can be noticed at a global level. The social fact of the judicialization of politics as phenomenon arising in the Constitutional State scenario compel the Judiciary to take on the role (including political) on a responsible and independent matter (specially in developing countries). It constitutes a fundamental step in a process towards democracy strengthening and it has the final objective of the still not attained democratic consolidation. On the other hand, we have seen a self-restraint of Judiciary Branch in countries that already achieved democratic consolidation.*

¹ Doutoranda em Processo pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa, Rio de Janeiro/RJ, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: fabiola_haselof@icloud.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6584739562554308>>.

PALAVRAS-CHAVE: jurisdição constitucional; estado constitucional; separação dos poderes; judicialização; democracia.

KEYWORDS: *constitutional jurisdiction; constitutional state; separation of powers; judicialization; democracy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contribuição do Judiciário para fortalecimento de democracias em processo de consolidação; 2 O arranjo da separação dos poderes no Estado Constitucional; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Contribution of the Judiciary to strengthening democracies in process of consolidation; 2 The separation of powers in the Constitutional State; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O enfoque desenvolvido no presente trabalho é o estudo do *fato social* da judicialização da política² e o protagonismo judicial dela decorrente, implicando modificação no arranjo da separação dos Poderes, deslocando para o Poder Judiciário uma posição de destaque. Tal fenômeno surge como consequência de eventos que marcaram o pós-positivismo, como resultado da superação do formalismo jurídico, do surgimento de uma cultura pós-positivista que incorpora técnicas abertas de formulação do raciocínio jurídico, bem como da ascensão do direito público e do consequente deslocamento do epicentro do debate jurídico, que era o Código Civil e passa a ser a Constituição³. Tais acontecimentos dão origem a um novo Estado, o Estado Constitucional, que, por sua vez, compele o Poder Judiciário a assumir um papel de protagonismo, inclusive no campo político, cujo desempenho responsável e independente constitui etapa fundamental do que pode ser considerado um processo em direção ao fortalecimento da democracia e que tem como objetivo final a consolidação democrática.

² É importante estabelecer diferença entre as expressões judicialização e ativismo. Para Luís Roberto Barroso, a judicialização é um fato, ou seja, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. O ativismo, por sua vez, é uma atitude, caracterizada pela deliberada expansão do papel do Judiciário mediante uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes (*O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39/40).

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345-346.

Na mesma medida em que o Poder Judiciário necessita assumir uma postura mais ativa nos países nos quais o desenvolvimento democrático está mais atrasado, da mesma forma, nos países em que, diferentemente, o desenvolvimento democrático encontra-se em estágio mais avançado, existe uma tendência à autocontenção judicial⁴. Peter H. Russel⁵ considera que essa tendência de autocontenção pode ser observada no Canadá, onde os Ministros da Suprema Corte, após alguma experiência com as possíveis consequências da expansão do seu próprio poder e preocupação com sua efetividade e legitimidade em longo prazo, aparentemente vem adotando uma estratégia de autocontenção que deve reduzir o ritmo da judicialização.

Portanto, aparentemente, existe relação entre o estágio de desenvolvimento democrático e a atuação mais ativa ou mais autocontida do Poder Judiciário, sendo bastante provável que naqueles países em que o Judiciário é chamado a adotar uma postura de protagonismo, sua atuação contribua de forma essencial para impulsionar o desenvolvimento democrático em direção à sua consolidação.

1 CONTRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA FORTALECIMENTO DE DEMOCRACIAS EM PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO

Desde o final da II Guerra Mundial observa-se um incremento da importância do Poder Judiciário em temas do campo da política majoritária, que é a propriamente desenvolvida pelos Poderes Legislativos e Executivo. Tal fenômeno, observado em muitas democracias no mundo, também ocorre

⁴ Richard Posner, na sua obra *Reflections on Judging*, no tópico *The Decline of Self-Restraint*, apresenta um gráfico no qual se vê um declínio da autocontenção judicial, que inicia no final da década de 80, e um aumento no ativismo, que inicia na década de 60, e somente começa a cair no ano 2000. Mas, de qualquer forma, números praticamente inexpressivos, pois o auge do ativismo atinge 0.00002% (POSNER, Richard. *Reflections on Judging*. US: Harvard University Press, 2013. p. 163).

⁵ Peter H. Russel é professor emérito de Ciência Política na University of Toronto, Canadá. Neal Tate e Vallinder registram que “Russel seeks in his analysis of the Canadian case to make another point: that the justices of the Supreme Court, after some experience with the possible consequences of the expansion of their own power and with a concern for their long-run effectiveness and legitimacy, appear to be adopting a self-limiting strategy that should slow the pace of judicialization. If Russel is right, the pace of expansion of judicial power in Canadá may slow”. Em tradução livre: “Russel procura em sua análise do caso Canadense fazer outro ponto: que os Ministros da Suprema Corte, após alguma experiência com as possíveis consequências da expansão do seu próprio poder e preocupação com sua efetividade e legitimidade no longo prazo, aparentam estar adotando uma estratégia de autocontenção que deve reduzir o ritmo da judicialização. Se Russel estiver certo, a velocidade do processo de judicialização no Canadá deve diminuir” (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995. p. 515).

no Brasil, havendo o Supremo Tribunal Federal assumido uma posição de protagonismo na arena política.

A judicialização, como é intuitivo, pode ser definida como a transferência da arena de decisões sobre questões políticas, sociais ou morais, para o Poder Judiciário, em contraposição aos Poderes Legislativo e Executivo, que seriam teoricamente o ambiente no qual tais questões deveriam ser debatidas, definidas e implementadas.

Entre as causas que contribuem para justificar o fenômeno da expansão do poder judicial pode ser destacado o fato de que o reconhecimento social de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais, a desilusão dos eleitores com a política majoritária e o fato de que os atores políticos, para evitar o desgaste nas questões contramajoritárias, optam por deixar que o Judiciário as enfrente⁶. Tais situações, que se manifestam de forma espontânea, convergem para um contexto que incentiva o protagonismo que o Poder Judiciário é compelido a assumir.

O fenômeno da expansão do poder judicial pode ser observado a nível global, tanto em países de tradição do *common law* (*western common law democracies*), como Inglaterra, Estados Unidos, Austrália e Canadá, quanto de tradição do *civil law* (*european romano-germanic democracies*), como Itália, França e Alemanha e países da América Latina.

Na América Latina, segundo Rodolfo Vázquez⁷, o que se observa em países como Venezuela, Bolívia, Ecuador, Nicaragua, Colômbia e Argentina é uma *epidemia de poderes especiais*, atribuídos a esses governos, citando como exemplo o caso da Argentina no ano 2006, no qual o governo Kirchner obteve superpoderes. Tais episódios atuam como gatilhos deflagradores de um protagonismo judicial, que surgiria como reação ao que pode ser considerado um abuso ou mau uso do poder pelos demais Poderes, eventualmente mais comprometidos com questões que não foram definidas como prioritárias pelos cidadãos representados.

No México, em particular, existem condições objetivas que explicam a expansão do poder dos juízes. A partir de 1988, quando são implementadas

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39.

⁷ VÁZQUEZ, Rodolfo. *Juticia Constitucional y Democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado, 2010.

reformas no Poder Judiciário no México, mesmo ano em que ocorre suspeita de fraude eleitoral, surge um contexto favorável ao papel mais ativo do Poder Judiciário, em boa parte também motivado pela crescente desconfiança dos cidadãos nos partidos políticos, de modo que o Poder Judiciário se apresentou como fator de equilíbrio e governabilidade democrática⁸. Houve necessidade de encontrar alternativas para remediar o déficit democrático, depositando confiança nos Ministros do Tribunal Constitucional. E esse papel de promover o equilíbrio da governabilidade democrática foi bem desempenhado pelo Tribunal.

A América Latina, entretanto, necessita ser contrastada com alguma democracia que esteja em processo mais avançado de evolução. Quando pensamos em democracia, o primeiro país que nos assalta como exemplo são os Estados Unidos. Portanto, possivelmente os Estados Unidos sejam um bom parâmetro, inclusive em razão do seu sistema presidencialista, o que é um fator que aproxima o Brasil e outros países da América Latina.

Portanto, no intuito de estreitar o foco do nosso estudo, temos que o sistema de governo presidencialista é um bom ponto de partida, seja porque é o sistema adotado no Brasil e nos países de interesse do estudo na América Latina, seja porque o sistema presidencialista, pela forma como se dá a interação entre o Executivo e o Legislativo, pode dificultar a tradução da vontade democrática compreendida como a realização do interesse público. Isso ocorre especialmente nos países nos quais as eleições diretas do chefe do Executivo e de parlamentares permitem que partidos antagônicos ocupem posições-chave no cenário nacional, combinado com a intenção de renovação no poder nas próximas eleições, o que frequentemente faz com que reformas estruturais importantes e impopulares deixem de ser propostas ou aprovadas em razão do seu custo político.

Por outro lado, medidas demagógicas e populistas, estas entendidas como de planejamento irresponsável em longo prazo, mas que possam ter repercussões em curto prazo, ou seja, possam render a aprovação do eleitorado necessário para assegurar novo mandato na próxima eleição, sejam priorizadas, tudo isso em detrimento da criação das bases necessárias ao desenvolvimento do país. Em tais contextos o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental ao redirecionar os parlamentares e o chefe do Executivo ao eixo traçado na

⁸ Vázquez, ob. cit., p. 383.

Constituição sempre que dele se afastem, sendo essencial uma Suprema Corte forte para desempenho dessa competência⁹.

Vê-se que nos países que adotam o sistema presidencialista o protagonismo pode assumir maior relevância, pela própria natureza do sistema de governo presidencialista, pois, além de permitir que rivais diretamente eleitos sejam conduzidos ao Poder, ainda concentra em uma única pessoa, o Presidente eleito, todas as esperanças de realizações sociais dos eleitores, alimentando o culto à personalidade. Sobre o ponto, é muito oportuna a colocação de Bruce Ackerman relativamente ao culto à personalidade no sistema presidencialista, apontando que o seu resultado certamente ofende aos que são mais voltados para eficiência e diz mais: que “o culto da personalidade vai contra a semente do governo autônomo republicano”. Considera ainda que “uma presidência personalista mina a base de ideais democráticos”, haja vista que

o governo de gabinete pode degenerar na política de um grupo fechado, interessado somente na partilha de ministérios e no atendimento de interesses de apoiadores partidários. As infinitas discussões sobre as plataformas partidárias podem ser um disfarce cínico para a busca do interesse fracionário e da vantagem pessoal.¹⁰

Tal realidade não ocorre com a mesma intensidade no sistema parlamentarista, no qual deve existir uma relação de confiança e apoio entre Legislativo e Executivo, ou entre o Parlamento e o 1º Ministro. Como exemplo podemos mencionar o sistema britânico clássico de democracia de Westminster, no qual os eleitores votam em cédula única, ou seja, a única maneira de o eleitor votar no partido do 1º Ministro é votar, nas eleições para o Parlamento, no partido ao qual o 1º Ministro seja filiado. Tal mecanismo impede que o eleitor

⁹ Bruce Ackerman afirma que “necessitamos que uma corte constitucional torne os princípios ordenados pelas pessoas em realidades operacionais. Sem a instituição do *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente. Este resultado somente gerará cinismo sobre a possibilidade de as pessoas poderem dar ordens aos seus representantes governamentais e esperar que estes representantes lhes obedçam. Só uma corte constitucional forte pode servir a esta função” (*A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41).

¹⁰ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34/35.

escolha, por exemplo, para 1º Ministro um candidato do Partido Conservador e vote em um membro do Partido Trabalhista, opositor, para o Parlamento.

Em atenção a tais características, aparentemente, o sistema legislativo encontra menos flancos de resistência no sistema parlamentarista do que no presidencialista. A justificativa para a menor resistência à realização democrática no sistema parlamentarista, embora seja uma conclusão reducionista da complexidade que envolve esses sistemas de governo, está no fato de que é da própria natureza do sistema parlamentarista¹¹ a interação harmoniosa, de apoio, entre os poderes Executivo e Legislativo. Por outro lado, isso não significa que o sistema parlamentarista possa ser considerado uma boa opção para o sistema brasileiro. A experiência estrangeira mostra que o sistema parlamentar funciona bem em monarquias, como Reino Unido ou Suécia, ou em sistemas que adotam sistema de eleição indireta para os chefes do Executivo, como Alemanha e Itália. No caso brasileiro, as eleições diretas foram o anseio social e a conquista de uma reivindicação democrática. Além disso, outro aspecto que ganha uma dimensão de relevância é a baixa qualidade ética e moral do nosso Parlamento¹² e que por isso não seria recomendável que o chefe do Poder Executivo tivesse seu mandato constantemente ameaçado por perda de apoio político e sustentação do governo.

O protagonismo judicial, aparentemente e em determinado contexto, como o brasileiro, desempenha importante etapa nessa trajetória em direção ao fortalecimento democrático, na qual o protagonismo do Poder Judiciário surge como *fato social imprescindível para consolidação do processo democrático*, ao atuar com independência e tomar decisões que, em razão do nosso contexto brasileiro e de alguns países da América Latina, o legislador não quer, não pode ou não

¹¹ Adotando tal linha de raciocínio, no sentido de que o modelo parlamentar britânico, ao concentrar a função legislativa no Parlamento, diferente do nosso modelo presidencialista brasileiro, que distribui a autoridade legislativa entre rivais democraticamente eleitos (Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidência da República), assim como ocorre no presidencialismo estadunidense e o francês, tal dispersão entre rivais eleitos torna mais complexo o sistema de produção legislativa, o que vai deflagrar mais situações que provocam a atuação do Poder Judiciário, que acaba *compelido* a assumir posição de protagonismo.

¹² Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/veja-a-lista-dos-parlamentares-que-sao-reus-no-stf/>>; <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/o-tamanho-da-bancada-dos-parlamentares-reus-no-stf.html>>; <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2016/04/18/the-independ-ent-60-de-parlamentares-brasileiros-sao-reus-em-processos-incluindo-homicidio/>>; <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/cerca-de-150-deputados-investigados-participam-da-votacao-do-impeachment/>>. Acesso em: 9 set. 2017.

consegue tomar¹³, bem como ao estabelecer limites à atuação de governos que possam pretender, sob as mais variadas roupagens, especialmente a populista na América Latina, estancar o processo de fortalecimento democrático, que pressupõe o fortalecimento das instituições.

Em regra a contribuição é menos relevante, e por vezes criticada e indesejada, em países que se encontram num nível mais avançado de plenitude democrática. Se, por um lado, o protagonismo judicial indica algum nível de maturidade democrática, por outro, indica também que a democracia ainda não se encontra plenamente consolidada. Isso porque, especialmente nas questões que envolvem judicialização da política, a necessidade de provocar do Poder Judiciário é um indicativo importante da obstrução do canal democrático. Portanto, embora a expansão do poder judicial e seu protagonismo se apresente positivo e útil no atual contexto do Brasil e de outros países em desenvolvimento, ao longo da trajetória em direção à consolidação democrática, em algum momento, deverá haver retração (autocontenção) do Poder Judiciário.

Tal movimento de autocontenção pode ser observado em países que se encontram em estágio mais avançado de consolidação democrática. Utilizando o exemplo dos Estados Unidos, país que elegemos como parâmetro de comparação, é intenso o movimento denominado constitucionalismo popular, que possui várias vertentes, a partir das quais defende-se desde a realização do controle da constitucionalidade pelo Poder Legislativo (não aceita o *judicial review*¹⁴, como Jeremy Waldron), passando pela interpretação da Constituição pelos três Poderes como parceiros¹⁵, como defende Lawrence Sager, e a defesa de que a constituição deve ser interpretada fora das Cortes Supremas¹⁶, como Mark Tushnet. Uma distinção bastante perspicaz foi elaborada por James Fleming, distinguindo 5 versões de constitucionalismo popular¹⁷.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41/42.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 2006.

¹⁵ SAGER, Lawrence G. *Justice in the Plainclothes: a Theory of American Constitutional Practice*, 2004.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press Publication, 1999; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 2000.

¹⁷ James Fleming, no trabalho *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, distingue 5 versões de constitucionalismo popular: 1) Anticonstitucionalismo populista, que no fundo opõe limites constitucionais ao autogoverno popular e rejeita o *judicial review* para fazer cumprir tais limites. É provável que hoje ninguém sustente tal versão, mas Richard D. Parker (Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto, 1994) se aproxima dela. Também menciona o anticonstitucionalismo progressivo de Ran Hirschl (*Towards Juristocracy: The Origins*

O que é fundamental é observar que mesmo os maiores críticos da expansão do poder judicial admitem que em determinados contextos a atuação do Judiciário é essencial para enfrentar o que Jeremy Waldron definiu como *patologias específicas*. Em primeiro lugar, registre-se que Waldron é um dos maiores críticos do *judicial review*, ou seja, não concorda com a possibilidade de o Judiciário pronunciar a inconstitucionalidade das leis. Mas, mesmo assim, ressalva que as reservas que guarda contra o *judicial review* são condicionadas, e, caso alguma das condições não esteja presente, então possivelmente a sua posição contra o *judicial review* não se sustente. Pois bem, uma das condições que indica como essenciais é justamente o bom funcionamento das instituições democráticas, incluindo um Poder Legislativo representativo dos seus eleitores. As outras condições – são quatro apontadas no total – incluem o comprometimento da maioria dos membros da sociedade e da maioria dos agentes públicos com os direitos individuais e das minorias¹⁸. Observe-se que a presença de tais condições

and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007); 2) Constitucionalismo popular, que aceita os limites constitucionais no autogoverno, mas rejeita o *judicial review* para fazer cumprir tais limites (Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*; e Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*); 3) Constitucionalismo popular, que aceita os limites constitucionais no autogoverno e no *judicial review*, mas rejeita a supremacia judicial. Esta versão é defendida por Larry Kramer. Ele rejeita a supremacia judicial tanto a favor do *departmentalism* quanto do populismo. *Departmentalism*: consiste na ideia que *legislatures and executives* dividem com os tribunais autoridade para interpretar a Constituição e, de fato, são os últimos intérpretes em certas questões. *Populism*: consiste na ideia de que o povo (*people themselves*) é o último intérprete da Constituição, acima e contra os departamentos judicial, legislativo e executivo que dividem autoridade de sua interpretação. Kramer propõe “*judicial review without judicial supremacy*”. Ao passo que Waldron e Tushnet propõem: “*Taking the Constitution away from the courts*”; 4) *Departmentalists* que não são populistas. Larry Sager entra nesta categoria porque a sua teoria do *underenforcement* compromete ele com a ideia de que certas normas constitucionais são *judicially underenforced* (não autoaplicáveis), de modo que a sua completa aplicabilidade (*fuller enforcement*) é deixada para o legislativo e executivo (*legislatures and executives*), que dividem com os tribunais a autoridade para interpretar a Constituição. Fleming afirma que Cass Sunstein e ele próprio também podem ser incluídos nesta categoria; 5) Movimento social constitucionalismo popular, que não desafia a supremacia judicial mas enfatiza como os movimentos sociais fora das cortes transformam as normas que são aceitas pelas cortes (Reva Siegel, Robert Post e William Forbath) (Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>>).

¹⁸ “[...] the argument against judicial review is conditional; if any of the conditions fail, the argument may not hold. [...] We are to imagine a society with: (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights among the members of the society who are committed to the idea of rights.” (WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115:1346, p. 1360, 2006)

indica que essa sociedade hipotética reúne características que revelam um nível de desenvolvimento que não foi ainda alcançado por países mais atrasados.

A ausência de tais características, como é o caso brasileiro¹⁹, no qual não é possível afirmar que o Legislativo efetivamente representa a vontade dos eleitores e tampouco que exista um comprometimento da maioria da sociedade e seus agentes públicos com direitos individuais e das minorias, faz com que o próprio Waldron considere que sua crítica ao *judicial review* perca o que considera sua base de sustentação. Vê-se, portanto, que a crítica à interferência do Poder Judiciário está inserida em um contexto no qual as instituições democráticas são capazes, por si, de adotarem soluções legítimas, representativas e justas, consideradas as expectativas dos eleitores, os direitos individuais e das minorias. De fato, em um contexto que reúna tais características não se justifica a interferência judicial. Portanto, parece que há de se ter cautela ao endossar críticas à atuação do Poder Judiciário que esteja inserido em um contexto totalmente diverso, de crise de representatividade democrática, como é o caso brasileiro, que pode ser melhor enquadrado como portador de patologia especial (*special pathologies*), na expressão de Waldron²⁰.

Mesmo em um contexto como o nosso, que reúne fatores que efetivamente demandam atuação judicial, é certo que deve ficar restrita a determinados campos considerados mais sensíveis, como o dos direitos fundamentais e do que pode ser chamado o arbitramento do procedimento democrático, pois consistem no que seriam os dois grandes papéis desempenhados por uma Constituição contemporânea, ou seja, expressar os valores nucleares de uma sociedade, consensos mínimos sobre suas instituições e direitos fundamentais, bem como

¹⁹ Embora o Brasil cumpra, na sua estrutura, boa parte dos requisitos mencionados por Waldron ao abordar as instituições democráticas, como eleição de representantes mediante sufrágio universal, sistema bicameral, audiências públicas, não obstante, é evidente que não são suficientes para neutralizar nossa crise de representatividade, a exemplo do que ocorreu com o projeto de lei de iniciativa popular PL 4.850/2016, conhecido como 10 medidas contra corrupção, que foi totalmente desfigurado no Parlamento brasileiro. Nossos representantes eleitos incluíram no projeto de lei de combate à corrupção regras que justamente dificultavam este combate pela intimidação de juízes e promotores, um verdadeiro acinte aos 2.028.263 de pessoas que subscreveram o projeto. Foi necessária a interferência do Supremo Tribunal Federal, que, no MS 34.530, em decisão da lavra do Relator Ministro Luiz Fux, tornou sem efeito a desfiguração promovida pelos parlamentares e determinou a restauração do projeto de iniciativa popular e o retorno do processo à sua fase inicial, haja vista que o procedimento previsto para os processos de iniciativa popular não havia sido observado.

²⁰ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115:1346, p. 1359, 2006.

disciplinar o processo democrático, assim entendido o governo da maioria, com participação da minoria e alternância de poder²¹.

Vê-se que a tensão entre protagonismo judicial e dificuldade contra-majoritária, quando relacionada à evolução democrática, pode ser inserida em um processo que parte da noção de protagonismo judicial como um fim em si mesmo para assegurar a governabilidade democrática, desvinculada da reflexão sobre o poder judicial, que conduz à compreensão do protagonismo judicial como um meio que se revela necessário, mas não suficiente, para consolidação e qualidade democrática, até alcançar, em um estágio mais avançado, a ideia de protagonismo como uma situação não desejável para o pleno desenvolvimento democracia, situação que ocorre quando o sentimento popular é efetivamente perseguido e expressado pelos representantes eleitos.

2 O ARRANJO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONSTITUCIONAL

O arranjo da separação dos Poderes tem implicação direta sobre a realização democrática, no sentido de traduzir o que é mais importante para uma sociedade de determinada época e contexto. A ideia de separação dos Poderes não se justifica por si, mas pelo ideal de assegurar a melhor tradução da vontade democrática entendida como realização do interesse público. Partindo dessa premissa, o conceito de separação dos Poderes pode encontrar diferentes arranjos conforme a época, o país, o sistema, o regime e a forma de governo, sendo um conceito em permanente transformação.

Relativamente à expansão do poder judicial, entendemos que decorre de acontecimentos (fatos) relacionados à evolução do pensamento e superação do positivismo jurídico que surgem a partir do confronto com situações nas quais a mera previsão do direito na lei não se mostrou apta a realizar a justiça²².

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 447.

²² O modelo legislativo, que ressurgiu com força com o advento do Estado Moderno e suas codificações, não resolve questões ainda em conflito como segurança e justiça, pois, com o domínio do parlamento, o direito pode ser igualmente dominado. Tal percepção surge no bojo do nazismo e do fascismo, quando se percebe que o direito identificado exclusivamente com o Parlamento que o produz pode ser usurpado e manejado com fins que não encontram justificativa na realização da justiça. O modelo constitucional, por sua vez, submete a produção legislativa a um filtro de subordinação da produção legislativa às normas constitucionais, protegidas por regras de rigidez e controle de constitucionalidade. Com a ascensão do constitucionalismo, observa-se um enfraquecimento do positivismo jurídico, especialmente em razão de uma teoria dos direitos fundamentais que condiciona

O protagonismo judicial, por sua vez, é um desdobramento da expansão do poder judicial e que se manifesta em contextos sociais e políticos de crise de governabilidade e/ou representatividade. Partindo a suposição de que tal distinção seja pertinente e correta, é possível reconhecer autonomia a um e outro fenômeno, que não necessariamente vão caminhar juntos, pois a retração do protagonismo judicial pode ocorrer sem a correspondente retração do poder judicial. Portanto, o poder judicial expandido (relativamente ao período que precedeu o constitucionalismo), existe, apenas pode não ser exercido, o que não significa retração. Diferente é a questão do protagonismo, que admite retração por uma postura de autocontenção.

O constitucionalismo contemporâneo e as técnicas de interpretação que surgem com a superação do positivismo jurídico provocaram a expansão do poder judicial. De tais fenômenos resultou a dissociação entre o que se continha no texto legal e a norma jurídica que resulta da interpretação mediante filtragem constitucional e incorporação de valores das normas de direitos fundamentais ao raciocínio decisório ou interpretativo. A partir desse marco, surge a noção do que foi denominado *legalidade substancial*, ou seja, a diferenciação entre a lei e o direito, ao submeter a validade da lei, mediante sua interpretação, à Constituição e os valores nela insculpidos. A nossa realidade passa a ser então que a legalidade não possui mais aquela noção positivista, mas foi agregada de valores sem os quais não se pode realizar a justiça objetivada pelo Direito.

A mutação ocorrida no princípio da legalidade, que passa de legalidade formal para substancial, constituiu uma quebra de paradigma que foi interpretada por Luigi Ferrajoli como uma segunda revolução²³, que seria um desdobramento evolutivo da primeira revolução, que deu origem ao Estado

a produção e aplicação da lei. Portanto, o neoconstitucionalismo, cujo marco histórico, entre nós, pode ser fixado a partir do advento da Constituição de 1988, pode ser considerado o fenômeno no qual os direitos previstos na Lei Maior passaram a ter importância verdadeira e alimentaram o sentimento de conquistas e avanços, o que é muito positivo, pois superou-se a indiferença que anteriormente havia em relação aos direitos previstos em uma Constituição. Esse movimento de resgate da força da Constituição iniciou na Europa Continental pós-guerra, pois, ao fim da 2ª Guerra, valores fundamentais como a ética foram resgatados pelo Direito. Luís Roberto Barroso afirma que essa mudança de comportamento permitiu que fosse superado o “modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição” (*O novo direito constitucional brasileiro*, p. 193).

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 53.

legislativo, marcado por uma sobreposição do legislador ao julgador, no qual a lei deveria ser cumprida devendo ser aplicada simplesmente pelo fato de ser oriunda de um órgão legislativo competente para sua elaboração, o que lhe conferia legitimidade formal e era o que bastava, ainda que seu conteúdo estivesse dissociado da ideia de direito como justiça. Portanto, a primeira revolução está relacionada à legalidade formal e a segunda, à legalidade substancial.

No contexto em que vigorava a exigência de legalidade meramente formal, os direitos previstos fundamentais na Constituição estavam circunscritos ao que estava previsto pela lei. Com a nova leitura do princípio da legalidade substancial, à luz do constitucionalismo, ocorre uma mudança de paradigma, pois a lei passa a ser o ponto de partida para o que pode ser chamado de processo de filtragem constitucional e necessita estar em conformidade com os direitos fundamentais.

Entre nós, a tarefa de conformação constitucional da lei sempre coube ao Poder Judiciário. Com a evolução do constitucionalismo e o fortalecimento da efetividade das normas constitucionais²⁴, a tarefa do juiz na aplicação do direito ganha nova dimensão de muito maior amplitude interpretativa, possibilitando que a mesma lei obtivesse variadas interpretações ao ser submetida ao contraste constitucional de valores e direitos fundamentais. A tarefa meramente declaratória do direito com base no texto legal evoluiu para a interpretação do direito que origina a norma aplicável ao caso.

Essa evolução da teoria da interpretação, a partir da qual, nas palavras de Marinoni:

(a) norma não está implícita no texto e não antecede sua interpretação, mas dela resulta, coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito. A decisão deixa de se situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação.²⁵

²⁴ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 61/84. No Brasil: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1982; ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Revista dos Tribunais, p. 64.

Esse, portanto, o contexto histórico que promoveu o deslocamento do centro do debate jurídico, antes fixado no Código Civil, e transformou o conhecimento relativamente à aplicação do direito constitucional, em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição, da ampliação da jurisdição constitucional e da incorporação de técnicas mais abertas de interpretação constitucional. Juntos, deram origem ao fenômeno da expansão do poder judicial.

A *expansão global do poder judicial* foi identificada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder²⁶ na obra que leva o mesmo nome. Embora a maioria dos estudiosos convidados para o trabalho tenha criticado o desenvolvimento do protagonismo judicial nos países sobre os quais escreveram, entendendo que a expansão do poder judicial atuaria enfraquecendo as instituições democráticas majoritárias e alimentando privilégios de elites, ou seja, considerando a expansão do Poder Judiciário como algo negativo, do nosso ponto de vista, estamos alinhados aos autores Tate e Vallinder ao discordar de tal conclusão e fazer a mesma indagação por eles feita, qual seja, se a expansão do poder judicial não é positiva, o que podemos fazer com relação a isso²⁷?

²⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995.

²⁷ *Ibidem*, p. 527: “The contributors to this book are, by and large, more sophisticated than the anonymous defenders of judicialization just described. Their assessments of the wisdom of further expansion of judicial power are affected not (only) by their assessment of appropriateness of the policies the courts make or would make. They are much more concerned about the implications of the expansion of judicial power for the viability of democracy and the robustness of majority rule. They are, in general, skeptical about the wisdom of judicialization. They see the expansion of judicial power as most likely to weaken majoritarian democratic institutions and sustain the rule of privileged and unrepresentative elites, shutting out those who should be represented in a democratic state from effective access to policy-making processes or to effective, responsive administrative. If it is the majority view of our expert contributors that the global expansion of judicial power is not a good thing, and we argue that it clearly is, what, if anything, can one do about it?” Em tradução livre: “Os colaboradores para este livro são, de modo geral, mais sofisticados que os anônimos defensores da judicialização descrita anteriormente. A avaliação deles da inteligência de uma nova maior expansão do poder judicial é afetada não somente pela sua própria avaliação da adequação das políticas que as Cortes fazem ou fariam. Eles estão muito mais preocupados com as implicações da expansão do poder judicial para a viabilização da democracia e para o fortalecimento das regras majoritárias. Eles são, em geral, céticos quanto à inteligência da judicialização. Eles veem a expansão do poder judicial como um possível enfraquecimento na maioria das instituições democráticas e preservando regras de privilégios e elites não representativas, deixando de fora aqueles que deveriam ser representados em um estado democrático pelo efetivo acesso à criação de políticas ou sua efetiva administração. Se a visão da maioria dos nossos colaboradores especialistas é que a expansão global do poder judicial não é algo bom, e nos argumentamos que claramente é, o que, se é que é possível, pode ser feito a respeito disso?”

É importante destacar que partimos da premissa do protagonismo e expansão do poder judicial como *fato social*, vale dizer, acontecimento não provocado, mas que se manifesta de forma espontânea como desdobramento de um contexto social que não encontrou no canal democrático a via para atendimento de demandas que acabaram sendo direcionadas para o Poder Judiciário. No nosso ponto de vista, tal contexto social, ao menos no caso brasileiro, é de crise de representatividade nas instâncias democráticas²⁸.

O que parece que ainda não temos elementos para avaliar é se o Estado Constitucional admite a expansão do poder judicial como mera etapa do processo de transição democrática ou de forma definitiva. O que não se sabe é se junto com a possibilidade de futura necessidade de retração do Poder Judiciário, considerada essa como hipótese salutar no estágio seguinte de progresso e conquista da consolidação democrática, a noção de separação de Poderes irá acompanhar essa mudança.

Com o objetivo de demonstrar a mutabilidade do conceito de separação dos Poderes que acabamos de referir, mencionem-se dois fatos históricos, as Revoluções americana e francesa, que transformaram as respectivas sociedades, com importantes reflexos na separação dos Poderes. A disposição da separação dos Poderes, aliás, surge como princípio do ideário da revolução e racionalização do direito, especialmente o direito de tradição romano-germânica ou *civil law*.

Nos Estados Unidos, prevaleceu a ideia de *checks and balances*, ou seja, mecanismo de controle recíproco entre Poderes, e a maior preocupação era limitar o Poder Legislativo. Na França, a grande preocupação estava em limitar o Poder Judiciário e, com o objetivo de alcançar esse que era um dos desideratos revolucionários, houve emprego demasiado de mecanismos de limitação da atuação deste Poder mediante a criação de sistema separado de Cortes administrativas²⁹ e restringindo a atuação do magistrado, o que se traduziu

²⁸ Luís Roberto Barroso constata que “aqui se chega ao ponto crucial: o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de boa política. Nesse cenário, imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. O que o país precisa é restaurar a dignidade política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo. É hora de diminuir o peso do dinheiro, dar autenticidade aos partidos e atrair vocações. Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais” (ob. cit., p. 42).

²⁹ Conseil Constitutionnel, corte administrativa, é a mais alta corte constitucional francesa.

em uma descompensação do sistema de controle recíproco entre os Poderes (*checks and balances*). A *rule of law* na França se tornou equivalente ao conceito de supremacia do Parlamento e seu corolário princípio da legalidade.

Enquanto na Inglaterra o *common law* foi sendo aprimorado, na Europa Continental a revolução representou o rompimento com a antiga ordem jurídica, e fontes do direito como o *ius commune* e o Direito canônico perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito, mediante a elaboração de Códigos que tinham como pretensão a plenitude de previsão das regras de comportamento, bastando ao magistrado descobrir a regra prevista. Tal arranjo prevaleceu durante muito tempo, mas ficou desconcertado a partir da segunda metade do século XX, com a superação do positivismo e o advento do constitucionalismo contemporâneo.

Observe-se que no Estado Liberal havia supremacia do Poder Legislativo; no Estado Social, observa-se a preponderância do Poder Executivo. No Estado Constitucional, vê-se a expansão do Poder Judiciário. No ponto, concordamos com Tate e Vallinder quando afirmam que “boa ou má, a expansão do poder judicial parece ser um fenômeno que é real e que está moldando e vai moldar a política global e a implementação dessas políticas no futuro que pode ser vislumbrado”³⁰.

CONCLUSÃO

O ideal que justifica a elaboração de uma teoria da separação de Poderes é encontrar a melhor forma de exprimir o sentimento democrático, identificado como o interesse público, o interesse da coletividade em favor da qual se justifica a existência do Estado. Seguindo esse raciocínio, o interesse público objetivado no Estado Liberal era criar mecanismos para evitar abusos dos governantes, daí decorrendo a supremacia do Legislativo naquele contexto histórico e político. Do mesmo modo, o Estado Social encontra no Poder Executivo o caminho para reagir ao individualismo exacerbado. No atual Estado Constitucional, a complexidade das relações sociais, a facilitação do acesso ao Poder Judiciário, as regras que asseguram a independência dos magistrados e as crises políticas que marcam os países do globo desde o período pós-Segunda Guerra até os dias de hoje, especialmente em países mais atrasados, *compelem* o Poder Judiciário a decidir questões políticas fundamentais que não foram decididas a tempo ou a

³⁰ “For better or worse, the expansion of judicial power does appear to be a phenomenon that is real and that is shaping and will shape global politics and policy for the foreseeable future.” (ob. cit., p. 515)

conteúdo pelas instâncias democráticas³¹, e, sem dúvida, existe uma base jurídica que confere legitimidade à atuação do Poder Judiciário. Tal constatação nos remete à mesma indagação feita por Tate e Vallinder, ou seja, quais seriam as alternativas viáveis à judicialização da política³², especialmente considerando o contexto político atual do Brasil?

A expansão do poder judicial e o protagonismo do Judiciário são fenômenos que podem ser observados a nível global e que ainda encontram espaço (vácuo de representatividade nas arenas democráticas) e condições para continuar se expandindo. Embora exista considerável resistência ao protagonismo judicial, o fato é que as críticas não vêm acompanhadas de alternativas, especialmente quando se trata de países com baixa qualidade de representação nas arenas democrática. Mais do que isso, a complexidade das mudanças que devem ocorrer para modificar o contexto que compele o Poder Judiciário a atuar faz com que esse protagonismo seja visto por nós como uma etapa fundamental no processo de superação da crise de representatividade e amadurecimento da nossa democracia, ainda em processo de consolidação³³.

³¹ Luis Roberto Barroso destaca que “a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha” (ob. cit., p. 41)

³² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Ob. cit., p. 526: “*If it is not a good thing, what can one do about it? What are the viable alternatives to the judicialization of politics?*”

³³ “*However, in discussing the expression of judicial power around the world, it should be fairly safe to predict further advance in many countries. If our analyses are on target, this is because the conditions that appear to favor the development of that expansion continue to be on rise. Perhaps the most importante of these conditions is the presence of liberal democracy. The world has not yet been made safe for democracy, but it seems to be moving in that direction. However, democratization is not the only condition that is relevant. The others we have identified – separation of powers, a politics of rights, interests – and opposition – group use courts, ineffective majoritarian institutions, positive perceptions of the courts, willful delegation of troublesome issues by the majoritarian institutions – also are on the rise. With these facilitating conditions present, activist judges are likely to turn up with significant frequency to insure that the courts will continue to go marching in*”. Em tradução livre: “Entretanto, em se discutindo a expansão do poder judicial ao redor do mundo, seria razoável prever seu avanço em vários países. Se nossas análises estiverem certas, isso ocorre por causa das condições que favorecem o desenvolvimento dessa expansão continuam ascendentes. Talvez a mais importante dessas condições seja a democracia liberal. O mundo ainda não se tornou seguro para a democracia, mas parece estar se movendo nesta direção. Entretanto, democratização não é a única condição relevante. As outras que identificamos – separação de poderes, uso das cortes por partes interessadas e oponentes, instituições majoritárias ineficientes, percepção positiva relativamente às cortes, delegação intencional de aspectos problemáticos pelas instituições majoritárias – também estão em alta. Com essas condições facilitadoras, juízes proativos ficam propensos com significativa frequência a assegurar que as cortes continuem a caminhar nessa direção” (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Ob. cit., p. 526).

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Vail-Ballou Press, 1986.

BRASIL. Mandado de Segurança nº 34.530, Relator Ministro Luiz Fux.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1993 (reimpressão 1999).

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6, 1957. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6042&context=journal_articles>. Acesso em: 7 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

ELY, John H. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FLEMING, James. Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking Constitution Seriously Outside the Courts. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional II: cidadania e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRABER, Mark. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. 1993. Disponível em: <https://works.bepress.com/mark_graber/21/>. Acesso em: 15 jul. 2016.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *The Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2002.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement: Why moral conflict cannot be avoided in politics and what should be done about it*. Cambridge: Harvard Press University, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

MANDEL, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1994.

POSNER, Richard. *Reflections on Judging*. US: Harvard University Press, 2013.

PRILLAMAN, Willian C. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*. Westport: Praeger, 2000.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democracy Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

SIEDER, Rachel; LINE, Schjolden; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

SALZBERGER, Eli; VOIGT, Mark. Choosing Not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers, 2002. Disponível em: <http://www.academia.edu/1878508/Choosing_not_to_choose_When_politicians_choose_to_delegate_powers>. Acesso em: 15 jul. 2016.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. NY/London: New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princenton University Press, 2000.

VÁZQUES, Rodolfo. Justicia Constitucional y Democracia: La Independencia Judicial y El Argumento Contramayoritario. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441/464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 2006.

———. *Law and Disagreement*. Clarendon Press Publication, 1999.

Submissão em: 10.07.2017

Avaliado em: 03.08.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.07.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 06.12.2017