

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**“Governo versus Jurisdição”:**  
**aportes para compreensão**  
da crise nas democracias  
contemporâneas

**“Government versus**  
**Jurisdiction”:** inputs for  
understanding the crisis in  
contemporary democracies

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Roberto Correia da Silva Gomes  
Caldas

# Sumário

<b>A NATUREZA ECONÔMICA DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS</b> .....	13
Ivo Teixeira Gico Junior	
<b>DAS CONDIÇÕES (OU CONTRAPARTIDAS) QUE O PODER CONCEDENTE PODE EXIGIR PARA A REALIZAÇÃO DA CHAMADA “PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO” DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO</b> .....	41
Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
<b>PACTO FEDERATIVO E A INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: O INCREMENTO DA VIOLÊNCIA E DA SELETIVIDADE PUNITIVAS</b> .....	62
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori	
<b>POR QUE EXISTEM VIESES COGNITIVOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL? A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA E DAS NEUROCIÊNCIAS PARA O DEBATE JURÍDICO</b> .....	84
Ricardo Lins Horta	
<b>A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PARÂMETRO LEGAL DAS DECISÕES ESTATAIS</b> .....	124
Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz	
<b>SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS). EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y, DESAFÍOS EN MÉXICO</b> .....	140
Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent	
<b>LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA: UNA NUEVA VÍA DE INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES</b> .....	155
Giraldo Yanitza	
<b>IN DEFENSE OF PRO-CARCERAL ANIMAL LAW: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN EMPIRICAL CRIMINOLOGICAL PERTURBATION AND SOCIAL MOVEMENT VALUES AND DEVELOPMENT</b> .....	173
Mary Maerz	
<b>PROFISSIONAIS JURÍDICOS E ACESSIBILIDADE NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ALTERNATIVA REAL OU MECANISMO DE CONTROLE? REFLEXÕES DESDE A EXPERIÊNCIA DE MEDIAÇÃO PENAL NO CHILE....</b>	190
Bianca Baracho	
<b>A PERSECUÇÃO PENAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA FEDERAL</b> .....	212
Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado	

<b>IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA INTEGRAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES, DE SANEAMENTO BÁSICO E DE BACIA HIDROGRÁFICA.....</b>	<b>231</b>
Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez	
<b>A ISENÇÃO DE LICENCIAMENTO E A APROVAÇÃO TÁCITA PREVISTAS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA.....</b>	<b>250</b>
Pedro Niebuhr	
<b>A INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS UNIDOS: O EMPREGO DA CLÁUSULA DE SEGURANÇA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PODERES PRESIDENCIAIS DE EMERGÊNCIA.....</b>	<b>274</b>
José Adércio Leite Sampaio	
<b>THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS</b>	<b>295</b>
Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
<b>ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS?.....</b>	<b>313</b>
Fernando Leal	
<b>“GOVERNO VERSUS JURISDIÇÃO”: APORTES PARA COMPREENSÃO DA CRISE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS .....</b>	<b>350</b>
Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	
<b>CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL CONTEXTO DE PROYECTOS EXTRACTIVOS EN TERRITORIO INDÍGENA ¿REGLA GENERAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL? .....</b>	<b>373</b>
Cristóbal Carmona Caldera	
<b>SUÍTE MÚSICO-JURISPRUENCIAL - PEQUENAS CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS PARA VIOLINO, VIOLONCELO, PIANO E CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>401</b>
Marcílio Toscano Franca	

# “**Governo versus Jurisdição**”: aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas\*

## “**Government versus Jurisdiction**”: inputs for understanding the crisis in contemporary democracies

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*\*

Jamile Bergamaschine Mata Diz\*\*\*

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas\*\*\*

### Resumo

Este artigo, a partir de uma abordagem crítico-dedutiva, analisa a crise governo *versus* jurisdição, demonstrando, primeiramente, o deslocamento da crise entre os Poderes Executivo e Legislativo, profundamente alavancada com base em elementos históricos, para outra, vivenciada nas democracias contemporâneas, entre ambos, em face do Poder Judiciário. A partir daí, debruça-se sobre o problema da legitimação não apenas formal, mas material, dos juízes para tomada de decisões primárias diante de omissões legislativas e/ou executivas para, ao final, concluir pela validação de uma perspectiva emancipatória da jurisdição voltada para satisfação de princípios e promessas constitucionais não cumpridos, sem que isso implique defeso ativismo judicial; utilizando-se, para tanto, os métodos histórico e dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** jurisdição; legitimação; crise democrática.

### Abstract

The article, based on a critical-deductive approach, analyzes the crisis government versus jurisdiction, demonstrating, first, the displacement of the crisis between the Executive and Legislative Powers, deeply leveraged from historical elements, to the other experienced in contemporary democracies among both *versus* the Judiciary. From that point on, it addresses the problem of not only formal, but material legitimacy of judges for primary decision-making in the face of legislative and/or executive omissions, in order to finally conclude the validation of an emancipatory perspective of jurisdiction for satisfaction of unfulfilled constitutional principles and promises, without this implying forbidden judicial activism, using, for this, the historical and deductive methods with bibliographical research.

**Keywords:** jurisdiction; legitimacy; democratic crisis

\* Recebido em 31/10/2019  
Aprovado em 19/12/2019

\*\* Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). *External Researcher* do Centro de Excelência Europeu da UFMG. Juiz Federal aposentado. E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

\*\*\* Catedrática Jean Monnet de Direito da UFMG. Coordenadora do Centro de Excelência Europeu da UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna - MG. Professora do PPGD Escola Superior Dom Helder Câmara/MG. Professora do PPGD em Direito da Faculdade Milton Campos/MG. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br

\*\*\*\* Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/SP. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP. Professor colaborador do PPGD da UNICURITIBA. *External Researcher* da Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG. Advogado no Brasil e em Portugal. E-mail: robertocsgcaldas@uol.com.br

# 1 Introdução

Diante da crise que assola as instituições nacionais, com a conseqüente discussão sobre os limites de atuação do Judiciário, compreendidos dentro da concepção de atribuição (competência) e legitimação, faz-se necessário aprofundar a análise sob um viés ancorado na interdependência funcional a partir da tradicional separação de Poderes originada do Estado liberal.

O tema da jurisdição e sua imbricação com aspectos relativos ao Governo, juntamente à representatividade democrática, ganhou grande relevo no cenário jurídico nesses últimos anos, principalmente ante a aplicação, cada vez mais intensa, por parte do Judiciário de decisões que podem solapar as atribuições originalmente fixadas para o Poder Executivo e também para o Legislativo.

As discussões em torno da manifestação judicial incorporam uma interpretação que, supostamente, se fundamenta na matriz principiológica constitucional, uma vez que esta se dá por intermédio de decisões originárias determinativas da concretização dos direitos fundamentais e que, geralmente, suscitam indagações e questionamentos a respeito da própria definição de competência (em expressão de atribuição de poder) e legitimação (em expressão da representatividade democrática), sem que se observe efetivo diálogo entre os diferentes Poderes em prol de uma atuação harmônica e, inclusive, mediante a hodierna concertação (a pressupor participação popular e controle social sob um diálogo processualizado com a Administração Pública).

Por tais motivos, justifica-se uma análise aprofundada, fundada no que se denomina crise do pluralismo funcional, que será abordada posteriormente, e a indissociável perspectiva dinâmica e dialógica da legitimidade democrática, que demanda, efetivamente, um olhar voltado à concepção e configuração do sistema jurídico nacional.

O enfoque do presente trabalho será, portanto, examinar o redimensionamento político das funções fixadas pelo próprio sistema jurídico, no hodierno Estado Democrático de Direito, para os Poderes Legislativo e Executivo, decorrente das responsabilidades constitucionais a eles afetas, bem como para o Judiciário.

Especialmente, quando este Poder atua como legislador de terceiro grau decidindo aspectos inerentes a políticas públicas que visem à concretização de direitos fundamentais, (notadamente de cunho social), ante omissões advindas do “agir” dos outros dois Poderes, consubstanciando-se, assim, em autorizado ativismo, dito constitucional, que deve comportar limites.

A eleição desse tema deveu-se, em grande parte, à necessidade de se compreender em que medida a crise relativa ao pluralismo funcional pode afetar a própria organização política dos Poderes no âmbito do sistema brasileiro e, mais ainda, alterar a forma pela qual estes se inter-relacionam e intercomunicam para o cumprimento de suas atribuições, sem que isto implique interferência ou intromissão por parte do atuar do Judiciário nas funções alheias, segundo parâmetros claros e objetivos de aferição da sua legitimidade ativista constitucional para efetivação de políticas públicas que visam à concretização dos direitos fundamentais, marcadamente de viés social.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de Direito Constitucional e sua conseqüente interface com o Direito Administrativo, tendo como pano de fundo um estudo jusfilosófico, devido, especialmente, ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico próprio, cujos parâmetros empíricos demandam uma necessária e manifesta abordagem em *case studies*, ainda que em sentido *lato*.

Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar as possíveis distorções no pluralismo funcional ante um cenário de crise, especificamente em relação à atribuição, competência e exercício das funções e sua correlação com as teorias de Luhmann e Dworkin. Os métodos histórico e dedutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas presentes quando se examinam, sob uma perspectiva dialógica e democrática, o trinômio poder-função-democracia no marco de uma ordem jurídica manifesta-

mente voltada para a proteção dos direitos fundamentais como embasamento estruturante para a concretização das políticas públicas.

## 2 Por uma contextualização do tema: as bases pré-compreensivas da crise

Para Streck e Bolzan<sup>1</sup> “a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada”. Na verdade, hoje se divisam novas funções, o que se percebe com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, que se pode denominar de função controladora e, aqui, encontra-se o desempenho de órgãos como o ministério público e os tribunais de contas, ou mesmo, ainda, a atuação dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobretudo quando essa passa subsidiar ou mesmo substituir o Estado em determinadas áreas de atuação, criando novos espaços de criação e aplicação normativas.

Decorre, desde aí, a necessidade de melhor compreender esse deslocamento relativo ao arranjo clássico das funções estatais, que tem ensejado uma crise de relacionamento, impondo-se, assim, em primeiro plano, uma incursão de matiz nitidamente pré-compreensivo.

### 2.1 A superação da separação clássica de funções estatais e a crise no relacionamento entre os Poderes

Convocamos, inicialmente, Loewenstein<sup>2</sup>, que vê, com extrema dificuldade, a troca do modelo de Montesquieu<sup>3</sup> sobre a divisão tripartida do exercício do Poder (pois “dogma sagrado” da teoria e prática constitucional das democracias liberais), ao apresentar uma pioneira reclassificação tripartida das funções do Estado, a partir de uma visão de telocracia<sup>4</sup> dinâmica, fundada no conceito de políticas públicas (consideradas no presente artigo como programa/planejamento de ação estatal).

Tal classificação tripartida é a de *policy determination*, *policy execution* e *policy control*. A *determination of policies* significa uma escolha, dentre as várias políticas possíveis de serem determinadas para a ação estatal. Já a *execution of political decisions* representa a implantação e realização da decisão política previamente observada para o agir estatal. Por fim, a *political control* envolve tanto o controle quanto a observância do cumprimento da política estatal tal qual eleita, o que se dá por um órgão governamental distinto<sup>5</sup>.

Segundo seu entendimento, a forma mais eficiente de divisão do exercício do Poder e fiscalização das decisões políticas nacionais é a distribuição das principais funções governamentais entre os diferentes entes estatais que o detêm e seus órgãos<sup>6</sup>. Esse contexto de distribuição das funções representa uma forma de limitação e controle das pessoas jurídicas de Direito público interno, e seus respectivos órgãos hierarquizados, segundo o modelo dos *check and balances*<sup>7</sup>.

Loewenstein<sup>8</sup> vê, nessa última função (fiscalizatória), uma maior importância, pois, se inexistisse, seria pouco provável determinar-se ou estimar-se o alcance de uma decisão política. Ora, diante das novas fun-

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Cristina Murachco(Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>4</sup> A tal expressão liga-se à ideia de um Estado sob um modelo de governo finalista, em busca de metas, de resultados, objetivos socialmente prementes.

<sup>5</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>6</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>7</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>8</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

ções desempenhadas pelo Estado contemporâneo, essa função exsurge com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, sob o desempenho de instituições como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, ou mesmo, ainda, dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobretudo quando esta se organiza para subsidiar ou mesmo substituir o Estado em determinadas áreas de atuação, elaborando novos espaços de criação e aplicação normativas.

Isso não significa dizer, todavia, que os mecanismos estruturalizantes adotados classicamente pelo Estado estejam superados. Passam, evidentemente, por metamorfoses, o que se percebe quando se enfrenta a crise vivenciada no relacionamento entre os Poderes. De fato, é produto dessa crise, na expressão de Streck e Bolzan<sup>9</sup>, o “deslocamento da esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”, que há de se compreender na organização do Estado contemporâneo.

E tal circunstância acontece, efetivamente, em decorrência de uma superação, ainda que parcial — porque o Estado não abandonou integralmente o modelo — do mecanismo da estruturação organizacional funcional preconizada desde o Estado Liberal que concebia a separação de competência dos órgãos de poder ordenada pelo fim<sup>10</sup>, vale dizer: criação e aplicação de Direito, como caminho para garantir a vivência da liberdade.

## 2.2 Concertação, democracia dialógica e a transformação das estruturas organizatório-funcionais do Estado em um pluralismo de ações

De mecanismo de contenção do poder, a organização funcional passa, ela própria, a cumprir determinadas tarefas preconizadas mercê da atribuição de novos valores. Com efeito, a comunidade começa a participar, em concertação, mais diretamente nas tomadas e controle de decisão - ou, quando no mínimo, começa a exigir que sejam assim tomadas e controladas - fazendo exsurgir um atuar estatal processualizado; surgem novos espaços de atuação (regionais, nacionais, estaduais, locais), mesmo de criação da aplicação normativa, que estão a exigir controle de parte do Estado.

E, na hodierna conjuntura de uma evidente crise de legitimidade dos representantes eleitos, a deflagrar o surgimento da acepção de uma democracia dita dialógica (ou participativa), a institucionalização de mecanismos para participação popular e controle social na tomada e fiscalização de decisões estatais (ou seja, quando de sua implementação), em si, é uma realidade que se torna cada vez mais visível nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, verificando-se desde a criação e eleição das políticas públicas até os atos administrativos (em sentido *lato* ou *stricto*) que visam a sua concreção.

Há, de conseguinte, uma revisita ao conceito clássico de democracia para incluir a questão do consenso, da concertação, a pressupor uma processualização do atuar estatal que seja capaz de estabelecer um profícuo diálogo com a sociedade, mediante uma governança regulatória que permita a expansão do raio de ação também das organizações internacionais e das organizações não-governamentais (ONG's), entre outros atores, como forma de contemporização dos conflitos e fortalecimento da paz como incremento da própria democracia.

É nesse cenário de reconhecimento explícito do valor democrático das manifestações políticas do indivíduo, para formação do interesse público, em concretização do Estado Democrático de Direito enquanto

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

<sup>10</sup> Segundo Malberg (MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Lió Deprete. México: Facultad de Derecho/UNAM e Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2001), o critério de distinguir as funções do Estado em razão do fim remonta a Jellinek (JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: FCE – Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2004) e não é seguro porque funções diversas podem ter fim idêntico e, uma mesma função, finalidades diversas.

“um novo querer normativo de índole pública”<sup>11</sup>, que se observa, segundo Bolzan,

além de uma mudança de perfil clássico das funções estatais produzidas pela transformação mesma da instituição Estado — onde cada vez mais a especialização se vê substituída pela ocupação de espaços de um dos setores por outro (e.g. Comissões Parlamentares de Inquérito, atividade legislativa pelo Executivo, como no caso das Medidas Provisórias substituindo a regulação construída no debate parlamentar por aquela elaborada para interagir conjuntamente com a volatilidade dos *humores* do mercado) —, a fragilidade do mesmo — Estado — em suas diversas expressões, quando perde a *concorrência* para outros setores — semipúblicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais, etc. —, acerca da capacidade, bem como muitas vezes da legitimidade, de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos.<sup>12</sup>

Essa transformação foi percebida por Canotilho quando afirma que a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado implica

(1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuída aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias, não com meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado Liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras normas de *ação* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação econômica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) a atribuição de um carácter de ação aos preceitos organizatórios implica, concomitantemente, a articulação das normas de competência com a idéia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autônoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controlo constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controlo jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania<sup>13</sup>.

O redirecionamento da crise partindo dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário decorre, nesse espectro, da assunção por esse Poder de responsabilidades constitucionais afetas aos demais, quer quando atue como legislador de terceiro grau, quer decidindo aspectos inerentes a políticas públicas, porque as mudanças sociais que se preconizam a partir do dirigismo constituinte periférico comportam a atuação dos mais variados seguimentos sociais ao lado do próprio Estado, apontando para um *pluralismo de ações* e um *pluralismo funcional*<sup>14</sup>.

Em relação ao aspecto do legislador de terceiro grau, vale citar Bonavides, para quem,

em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental — a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre ‘controle social do poder’ e ‘participação popular’. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 189, jul./set. de 1992, p. 120.

<sup>12</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 689-690.

<sup>14</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência por*

Desta forma, há que se analisar a questão da atuação judicial em contraponto com a legislação vigente e a consequente hermenêutica constitucional aplicada que acaba por estabelecer o anteriormente comentado pluralismo de ações e pluralismo funcional, o que será feito no tópico seguinte.

### 2.3 Legislação governamental e judicialização da política em um ambiente de constitucionalismo de resultado

O exercício do poder sempre esteve vinculado a uma tensão entre *governo e jurisdição*, mesmo ainda quando as funções judicantes se encontravam atreladas ao monarca ou ao parlamento. Aliás, sobre a dimensão política nas funções jurisdicionais, Vilanova é preciso ao asseverar:

(...) no final de contas, o que se perpetua através de um órgão-do-poder, que, juridicamente, é uma porção constitucionalmente definida de competência, é a nação mesma. É a nação mesma, em um de seus aspectos, ou em uma de suas decisões políticas mais características, é ela que se revela ou se manifesta, pois tomada de posição política, em substância, é a concepção do direito e através deste o modo como se realiza a justiça. Política, sim, porque é através do poder que o direito e a prestação da justiça se efetivam. A politicidade é inerente ao poder, mesmo ao mais despótico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídicas-contenciosas.<sup>16</sup>

A crise contemporânea, que transporta o problema para os nossos dias, tem como ponto de partida o primeiro pós-guerra. Inicialmente, o eixo de tensão eclodiu entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Deveras, os Estados que sobreviveram ao peso da 1ª Grande Guerra começaram a enfrentar o século XX com enormes dificuldades. Na verdade, a grave crise econômica que assolou o mundo, após o conflito, ensejou profundas modificações no plano interno. A economia das nações estava arrasada e a ação dos governos se desenvolvia no sentido de restaurar as suas economias, e, ao mesmo tempo, no plano externo, a preocupação com as relações internacionais e o medo de um novo conflito criaram todo um clima de expectativa e precaução. Inclusive, houve corrida em procura de armamentos para que, assim, os Estados pudessem se apresentar preparados no caso da eclosão de novo conflito.

Estas, entre outras, foram as causas que determinaram um novo conflito entre os Estados e, agora em maior proporção, em face do desenvolvimento científico e tecnológico por que passava a humanidade.

Nesse conturbado período, surgiu a chamada *legislação governamental*. Durante a época dos conflitos, exigia-se maior rapidez nas tomadas de decisão. Não se podia esperar pelos processos legislativos normais. Tudo exigia celeridade. Uma decisão não tomada a tempo poderia acarretar sérios prejuízos. Nesse clima, o Executivo atraiu para si grande parte das funções tipicamente legislativas. No entanto, esperava-se que

findos os conflitos, a situação voltasse à normalidade constitucional, mas o que se verificou foi que outras causas vieram a justificar e conservar aquelas práticas excepcionais: a inflação, a crise econômica, a deflação, mantiveram os governantes em estado de “mobilização” que, embora pacífica, continuou a reclamar medidas extraordinárias.<sup>17</sup>

Os povos e as autoridades foram, assim, se habituando a esse esbulho de autoridade legislativa, e instrumentos como decretos-leis, *ordonances*, medidas-provisórias etc. invadiram a experiência constitucional dos Estados.

Em subsequência, o eixo de tensão deslocou-se para o Legislativo-Judiciário e, igualmente, para o Executivo-Judiciário, no que hoje se tem chamado *judicialização* ou *juridicização da política*, ou ainda *politicização do*

uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

<sup>16</sup> VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981, p. 39.

<sup>17</sup> RAO, Vicente. Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias — A legislação governamental ou delegada e os regulamentos — A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. In: *Separata – Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto* – vol. I. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1962, p. 526, citado por TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição. Entre o texto e o contexto!* 2ª ed. São Paulo: Baraúna, 2016, p. 166.

*Poder Judiciário*, à luz do hoje denominado constitucionalismo de resultado.

Para tanto, novos parâmetros têm sido buscados, a partir dos conceitos tradicionais, para fundamentar e justificar responsabilidade extracontratual estatal, por assim dizer, concertada, no atual contexto de uma administração pública e de um constitucionalismo de resultado<sup>18</sup>, a implicar um Estado garantidor da efetivação dos direitos fundamentais, mormente sociais, ante a insuficiência dos paradigmas tradicionais para uma resposta célere, precisa e segura às questões advindas da complexidade das relações sociais surpreendidas no cotidiano tecnológico e informativo dos dias atuais<sup>19</sup>.

Nessa tessitura, efetivamente, é preciso

que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do *prisma da jurisdição*, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração, o que não a afasta da problemática (...) no âmbito das *liberdades positivas*, assim como não fica alheia quando tratamos das *liberdades negativas* a partir de sua interconexão com o complexo contencioso dos direitos humanos expressos através de interconexões que os mesmos projetam.<sup>20</sup>

Essa necessidade projeta um *pluralismo funcional* que tem conduzido a jurisdição a atuar em searas que vão além do protótipo tradicionalmente concebido, ao escopo de ampliar o conteúdo e garantir a eficácia (à qual a eficiência é subordinada) de direitos fundamentais e do seu núcleo essencial, por meio de vinculação (controle formal e material) de ações às políticas públicas, a pressupor uma gestão pública para sua concretização que seja consensual, dialógica, segundo uma processualização e contratualização do agir estatal viabilizadoras da inexorável participação popular e controle social que permeie todas atividades de fornecimento de bens, prestação de serviços ou realização de obras. Consoante ressalta Caldas:

de conformidade a essa realidade social mundial dos dias de hoje, a forma clássica de mera contratação dos particulares para a realização de obras e prestação de serviços públicos, dá lugar, gradativamente, às já conhecidas concessões e privatizações, bem como às mais diversas formas flexíveis, entendidas enquanto fórmulas jurídicas mais hodiernas de cooperação na operacionalização do atuar estatal, de colaboração financeira e administrativa, a serem levadas a efeito por parte do setor privado, a população, mediante os chamados instrumentos setoriais de planejamento participativo e de controle social, ao auxiliar a escolha, programação, avaliação, execução e fiscalização institucionais das políticas públicas envolvidas, pois, se de um lado o Poder Público não dá mais conta de tanta demanda em proporção superior aos seus recursos, por outro, a iniciativa privada vê a possibilidade de uma maior participação na “produção” da cidade, com uma consequente maior lucratividade.<sup>21</sup>

Tal atuação apenas ganha sentido, “como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de *bem-estar*, mas que se executa como de *mal-estar* — não apenas o mal-estar da civilização de que fala Sigmund Freud, mas de um mal-estar na civilização (no projeto civilizatório moderno)”<sup>22</sup>, pois, conforme

<sup>18</sup> Conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 237, jul./set. 2004; IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato. In: *Amministrazione e Legalità – Fonti Normative e Ordinamenti (Atti dei Convegno)*. Macerata, 21 e 22 de maio de 1999, Milão: Giuffrè Editore, 2000; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. 2003 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: *Grandes temas do Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo. (Org.). Florianópolis: Millenium, 2009.

<sup>19</sup> Como explica Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª ed., 2ª tiragem, 2014 e BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª ed., 2015), os direitos fundamentais de cunho social, à luz de um constitucionalismo democrático que consagra o Estado Social, *in casu*, o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição de 1988, tanto alargados e enriquecidos com as conquistas da revolução tecnológica em detrimento do espaço individual autônomo, demandam, naturalmente, maior intervenção estatal (em relação aos demais direitos fundamentais) para a sua garantia e proteção, inclusive por parte do Judiciário (em ativismo dito, assim, constitucional).

<sup>20</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75.

<sup>21</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 61 – 64.

<sup>22</sup> BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 182.

leciona, “se os *sucessos* do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo.”<sup>23</sup>.

De fato, o constitucionalismo contemporâneo está assentado num Estado Social marcado por promessas de prestações sociais não cumpridas. Isso tem elevado o grau de litigiosidade quando aqueles que se veem excluídos dos benefícios prestacionais (moradia, saúde, educação e segurança social, basicamente) conduzem à jurisdição a resolução das políticas públicas não acudidas ou mal implementadas. Nessa contextura, conforme assinalado por Bolzan,

a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um arranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*.<sup>24</sup>

Sem dúvida, a redemocratização do País, com a Constituição de 1988,

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 (...). Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.<sup>25</sup>

Em relação à visão tradicional, Vilanova, a respeito da atuação do Supremo Tribunal Federal pátrio, afirma:

atua politicamente o Supremo Tribunal Federal mediante o controle da constitucionalidade das leis e dos atos dos demais Poderes. O caráter irrecusavelmente político está em que mediante esse controle, obtém ele não a simples aplicação ou inaplicação das normas jurídicas aos casos concretos, porém, mantém os Poderes em suas órbitas de atribuições, definidas pelo Constituinte originário. Contém tais poderes em suas órbitas, cortando-se-lhes exorbitâncias, no declarar seus atos incompassíveis face à Constituição Federal, desaplicando os atos legislativos e regulamentares aos casos correntes.<sup>26</sup>

Porém, voltado para os dias de crise que se vive, Barroso<sup>27</sup> divisa, como causa decisiva da judicialização da política, a circunstância de a Constituição brasileira trazer para seu bojo inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político-majoritário, seguindo a tendência das Cartas de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Segundo registra, quanto à possibilidade de judicializar-se a exigência de direitos,

a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em 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.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 182.

<sup>24</sup> BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 183.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 9. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>26</sup> VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981, p. 49.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 3 – 4. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

### 3 O problema da legitimação dos juízes

A primeira questão que se coloca quando nos debruçamos sobre o problema da judicialização da política diz respeito à legitimidade. Com efeito, estariam os juízes legitimados para essa atuação? As considerações que vamos tecer sobre a judicialização da política voltam-se ao declarado fim.

#### 3.1 Legitimidade, juridicização da política e limites de atuação

A legitimação da judicialização da política tem sido palco de debates, sobretudo em face da diretriz imprimeada à jurisdição pela Constituição dirigente. Enfrentando a questão, Bercovici assevera que

um dos problemas desta concepção de Constituição é o fato de que, ao reacear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle da constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição. Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente, a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”.<sup>29</sup>

Em tal sentido, defendemos a atuação da jurisdição nessa missão, projetando a legitimação como o fez Bolzan

em uma perspectiva ampliada, que inclua não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorporando algo que poderíamos denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos”, o que implica a consideração e reflexão do “seu perfil como poder de caráter político inerente ao regime democrático e insubstituível para a concretização do Estado Democrático de Direito”.<sup>30</sup>

Nessa perspectiva, a clivagem da legitimação decorre de um viés sociopolítico, avultando-se inteiramente pertinentes as ponderações de Luhmann, que, embora direcionadas a projetar os Tribunais como o centro da redução da complexidade sistêmica na autopoiese do Direito<sup>31</sup>, fornecem elementos para uma análise, que, longe desse desiderato, enfoque a relevância da jurisdição no quadro emancipatório periférico.

Com efeito, Luhmann<sup>32</sup> ressalta que “a diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas”. E, sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, em seu inerente contexto político, aponta Vilanova:

a Suprema Corte, se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder constituinte originário, para criar, como tem criado, tanto direito público constitucional, ao lado e, até, sobre a Constituição escrita, força é convir que detém poder constituinte material, poder constituinte *ratione materiae*. E, detendo-o, remanesce sempre o constituinte originário, titular da decisão política básica. Na “interpretation” o magistrado aloja-se dentro da Constituição; na “construction”, quando o é no direito público federal, vai mais além, perpetuando o constituinte primeiro, cujo ato é substancialmente político. Só judicial, às vezes; outras, judicial e política; tal é a função jurisdicional do supremo órgão da justiça, subjacente ao qual está a nação mesma.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

<sup>30</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75 – 76.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

<sup>33</sup> VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*. São Paulo:

A questão, num primeiro momento, diz respeito a perquirir até que ponto os juízes podem criar normas, não apenas atuando dentro de uma margem já previamente delineada — mas não precisada pelo legislador — mas também a esse se substituindo. Luhmann<sup>34</sup> já evidenciava que a interpretação desta diferenciação era imprecisa e carente de elaboração teórica.

Para Luhmann<sup>35</sup>, a diferenciação não pode residir na oposição da generalidade própria da lei em confronto com a norma particular criada pelo juiz. A partir do momento em que se opera a generalização das expectativas, porque congruentes — o que significa dizer que casos iguais devem ser decididos da mesma forma —, a generalidade também repousaria na decisão judicial.

Haveria, a partir daí, uma generalização primária que residiria na lei, e uma generalização secundária vazada na decisão judicial erigida a partir da formulação de princípios jurídicos. A legislação vê-se transformada nesse procedimento de estruturação congruente secundária — criação da decisão judicial — em critério de diferenciação técnica.

O problema, todavia, reside na circunstância de que ao contrário do legislador, que pode decidir (entenda-se: generalizar expectativas) sem comprometer-se com elas — significa dizer: uma lei pode ser facilmente revogada por outra —, o juiz, segundo Luhmann<sup>36</sup> “compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas” para idênticos casos futuros. Um novo direito apenas poderá ser criado quando ele tratar novos casos, constituindo casos diferentes.

Porém, o próprio Luhmann<sup>37</sup> adverte para a circunstância de que “toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica é, no entanto, perigosa, pois leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna”.

De fato, a experiência tem demonstrado que é mais fácil mudar uma lei do que uma generalização congruente consolidada na jurisprudência<sup>38</sup>, sobretudo quando, igualmente ao que acontece na generalização

Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981, p. 44.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 36.

<sup>38</sup> Todavia, no sistema jurídico pátrio, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45/2004 das súmulas vinculantes revelará uma *tendência pátria atual* de generalização congruente consolidada pela jurisprudência. Assim, essa proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica terá maiores dificuldades de modificação, não obstante se tenha admitido como legitimados para deflagrar o processo ao declarado fito os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (CF: art. 103-A, § 2º), pois, não se olvide, é no próprio órgão que condensou ou generalizou o entendimento, que o mesmo poderá ser modificado. Atento para o problema Streck registra: “ementas e enunciados em geral, que são predominantes no “mundo jurídico”, não têm força de lei e não gozam dos “requisitos” da regra-abstratação e generalidade. *E de qualquer modo não abarcariam todas as hipóteses de aplicação*. Mas, ao serem assim utilizados, transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra (e o princípio é a razão prática da discussão jurídica; é a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso — concreto —, que só existe na sua singularidade, irrepetível, pois!) Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por “mera subsunção” (sic). Dito de outro modo: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas todas as “universalidades” de cada caso jurídico. A partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular ao geral/universal. Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. Exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes na nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no “verbete jurisprudencial” não está contida a essencialidade (ou o *holding*) relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sub judice*). Como diz Heidegger, tomar aquilo que “é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por tal razão, é que o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, ficando o “crime como o crime” afastado, obnubilado. Cumpre destacar, nesse sentido, que vem sendo prática recorrente em *terrae brasilis* - não há sentença ou acórdão que assim não proceda — a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de “pautas gerais”. Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per se, a decisão*. Com efeito, como venho denunciando de há muito, os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os “casos” jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro:

primária, os juízes encontram-se, do mesmo modo que o legislador, afetos a um tratamento oportunístico dos valores.

A análise sociológica de Luhmann<sup>39</sup> ampara o pensamento de quem sustenta que o juiz atua como legislador para suprir omissões ou indeterminações, quando criaria norma, à qual não emprestamos adesão, embora tenha o condão de apontar a fragilidade do consenso vazado na generalização da lei, do mesmo modo que revela o quanto é arriscada a generalização secundária por parte do Judiciário.

Contudo, a razão está com ele quando aponta para os Tribunais como órgãos centrais do Direito, visto este enquanto um sistema autopoietico<sup>40</sup>. Essa posição tem-se firmado e resta validada, sobretudo, quando, no processo de consolidação do constitucionalismo, foram criados os Tribunais constitucionais, sendo notório o debate travado entre Kelsen e Schmitt a respeito, pois, já àquela época, Schmitt se mostrava receoso com a judicialização da política que adviria da função institucional de guardião da Constituição atribuída às cortes constitucionais, enquanto Kelsen defendia a jurisdição constitucional, que Schmitt insistia, iria se corromper com a politização da Justiça.<sup>41</sup>

Em verdade, a Constituição, ao desempenhar sua função autopoietica, assume uma compostura dimensional de predominante e não exclusivamente fático-social, sendo fortemente condicionada pelo contexto normativo-jurídico e ideológico.

Há de se salientar, nesse sentido, a concomitante natureza constitucional autopoietica ontológico-dialética<sup>42</sup>, mediante a qual a Constituição funciona como uma síntese superadora de abordagens parciais coexistentes (político-sociológica, normativo-jurídica e ideológica), as quais pressupõem os elementos fornecidos pelos respectivos enfoques.<sup>43</sup>

Assim, porque as dimensões constitucionais político-sociológica, normativo-jurídica e ideológica coexistem em recíproco condicionamento, qualquer abordagem parcial é afastada do abstracionismo ou metodologismo, havendo de basear-se no critério de predominância, e nunca de exclusividade.<sup>44</sup>

### 3.2 Legitimidade social e politização do Poder Judiciário

O ponto nodal da questão levantada sobre a legitimidade judicante, de conseguinte, inclusive à luz das dimensões autopoietico-constitucionais retromencionadas, reside em se equacionar como os juízes, que não passaram pelo crivo direto da vontade popular, estariam legitimados a desempenharem um poder político a ponto de invalidar atos dos demais Poderes? Essa *dificuldade contramajoritária*<sup>45</sup>, conforme Barroso<sup>46</sup>, encontra justificativas de natureza normativa e filosófica.

Segundo o pensamento de Barroso, o fundamento normativo decorre

---

Lumen Juris, 2006, p. 215 – 217).

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985 e LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>41</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>42</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>43</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O papel da Constituição sob uma visão autopoietica do Direito. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 5, nº 20, julho/setembro de 1997.

<sup>44</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994 e CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O papel da Constituição sob uma visão autopoietica do Direito. *Revista dos Tribunais*: Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, ano 5, nº 20, julho/setembro de 1997.

<sup>45</sup> Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017 atribui a nomenclatura a Bickel (BICKEL, Alexander Mordecai. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 3.ed. New Haven: Yale University Press, 1996).

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial<sup>47</sup>.

Não basta, contudo, para que isso se dê, a mera previsão textual de procedimento típicos do Estado do Direito. É preciso que não haja uma deturpação do processo de concretização constitucional, o que somente é possível por meio de uma Constituição que expresse o consenso social que identifique, claramente, o sentido que o Estado deve adquirir.

Dito sob um segundo enfoque, com influência da doutrina de Karl Loewenstein<sup>48</sup>, a classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou não de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder reste submetido ao controle dos seus destinatários. Assim,

en un sentido ontológico, se deberá considerar como el “telos” de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.<sup>49</sup>

Já a justificativa filosófica repousaria na circunstância de que o respeito aos direitos fundamentais impõe a limitação do poder (fundamentos do constitucionalismo), de tal modo que o exercício do poder fundado na soberania popular expressada na vontade da maioria, caracterizadora do regime democrático, deve respeitar os direitos fundamentais, o que enseja a possibilidade de conflito entre vontade da maioria e a proteção aos direitos fundamentais, que deve ser conformado pela Constituição, de onde resultaria a missão do Judiciário de velar pelo respeito aos valores e direitos fundamentais, sem descuidar da preservação do princípio majoritário<sup>50</sup>.

A observação de Barroso não pode ser olvidada, principalmente quando, problematizando a questão, insiste em que a democracia não se resume ao princípio majoritário

se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo papel da Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.<sup>51</sup>

É exatamente por isso que Dworkin<sup>52</sup> assevera, ao abrir a discussão sobre a tensão, que “as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para as controvérsias políticas”.

Em que sentido, portanto, deve-se conceber a judicialização da política? Dworkin (2001) toma como ponto de partida para alcançar uma resposta, a concepção de Estado de Direito que opere o magistrado. Para ele<sup>53</sup>, a expressão “Estado de Direito” pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do ponto de vista formal, a que ele denomina concepção “centrada no texto legal” e, a segunda, do ponto de vista material, denominada de concepção “centrada nos direitos”.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 8. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>48</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editoria Ariel, 1976.

<sup>49</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editoria Ariel, 1976, p. 151.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19/05/2017.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 10. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6 – 7.

<sup>54</sup> A diferenciação entre Estado de Direito em sentido formal e material na linha do pensamento de Kelsen foi muito bem deduzida em 1978 por Pedrosa (PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à

A concepção centrada nos direitos “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais...”<sup>55</sup>.

A partir daí, Dworkin demonstra que a conduta dos juízes que adotam a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal resvala para admitir que na solução dos casos “devem tentar descobrir o que está realmente no texto jurídico” e ainda que estariam proibidos de decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá”<sup>56</sup>.

Por outro lado, se o juiz amolda-se à concepção de Estado de Direito centrada nos direitos terá presente que o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos<sup>57</sup>. Terá mais presente ainda que “os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista desse ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa”<sup>58</sup>.

Conforme o supracitado autor, o juiz, nesse modelo,

tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras<sup>59</sup>.

Todavia, para quem não superou a ideia de que Direito é muito mais que a norma jurídica escrita, ou, por outra, para quem vive sob o império da segurança sedutora da hermenêutica metodológica, o primeiro caminho alvitrado por Dworkin será trilhado sem dificuldades. Ou existe norma e a incidência dessa sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda é não.

Divisar uma atuação da jurisdição a partir de uma base principiológica que pode se encontrar ou não na Constituição, mas que numa situação concreta, extirpe de qualquer dúvida, retrata os valores eleitos pela comunidade para, a partir daí, desvelar o sentido que reflita a melhor resposta para a questão, não pode constituir excesso de ativismo judicial quando esse sentido se encontra compatível com a definição axiológica majoritária.

E, quando a decisão em defesa dos direitos fundamentais decorrentes da principiológica comunitária, sobretudo quando expressa numa Constituição, afasta o processo majoritário vazado em atos de governo, ainda que criados pela maioria de mais de cinco centenas de pessoas e chancelada por outra, ou simplesmente editados por autoridade administrativa, esse contramajoritarismo não pode ser alçado a excesso de ativismo judicial ou de politização indevida da jurisdição.

Estamos convencidos, contudo, que essa hipótese não consubstancia originalidade alguma e, para tanto, dizendo de outro modo, pretende expressar que o juiz não cria direito, nem mesmo na vagueza ou indeter-

---

VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978). Àquela época, o inédito trabalho demonstrava que toda comunidade política tem forma e conteúdo. A forma se identifica com a própria ordem jurídica estatal, daí porque se vale do positivismo Kelseniano para concluir que “todo Estado é Estado de Direito”, porquanto ordem coercitiva. Todavia, se a análise for orientada para o exame dos fins e dos meios vinculados à ideia de um Estado ideal, a investigação descortinará para se verificar se a ordem é justa e aqui a conclusão será a de “Alguns Estados não são Estados de Direito”. Também sob o influxo das ideias de Kelsen, Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000) coloca a questão na mesma esteira percorrida por Dworkin.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.7.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10.

<sup>57</sup> A ideia de não se reduzir o Direito apenas ao texto da lei é antiga: *Se a justiça vem apenas pela lei, então Cristo morreu inutilmente*, era o que propagava São Paulo: (Gal. 2: 19 – 21).

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

<sup>59</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

minação do texto, tampouco quando decide, contramajoritariamente, em defesa dos valores e princípios comunitários. Por isso, de logo, ponderamos que não podemos concordar integralmente com Barroso quando afirma:

havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matérias de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.<sup>60</sup>

Com efeito, as escolhas do legislador devem prevalecer quando permitam um sentido compatível com os princípios adotados pela comunidade, no caso brasileiro, expressos ou decorrentes da Constituição, consoante registra Barroso, uma vez que, de qualquer sorte, “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de uma reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”<sup>61</sup>.

Todavia, reforma política alguma terá o condão de ensejar definição prévia de sentidos absolutamente hermética, a ponto de dispensar a atividade judicial, bem como acabar com a possibilidade de escolhas legislativas incompatíveis com os valores e princípios vazados ou decorrentes da Constituição.

É preciso registrar a ponderação do pensamento de Dworkin em defesa de argumento de princípio, que não pode ser solapado por um argumento de política. Segundo ele, “um juiz não é pressionado por demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento”<sup>62</sup>. Isso decorre da circunstância de que

um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor<sup>63</sup>.

Para Streck<sup>64</sup>, a vivência do autêntico Estado de Direito repousaria, hodiernamente, na atuação do Poder Judiciário, já que “Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.

Na atualidade, não se defende mais que o Poder Judiciário apenas cumpra sua função de resolver litígios *inter partes*, isto é, aplicar meramente a lei penal, dizer o direito em relações privadas ou, ainda que públicas, restritas ao que somente interessa às partes. Nesse ponto, Grinover, Lucon e Watanabe asseveram que

O Judiciário brasileiro, há muito tempo, deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída — resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial — para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 14. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 15. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

<sup>64</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

<sup>65</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em: 18 jun 2016.

### 3.3 A concretização judicial de políticas públicas em virtude de omissões estatais caracterizadoras de um “estado de coisas inconstitucional”

O Judiciário passa de uma função passiva para se tornar um Poder que adentra no campo político para assegurar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, estando, para tanto, algumas vezes autorizado a avançar no terreno da concretização de políticas públicas, visando salvaguardar direitos e garantias fundamentais, prioritariamente das minorias.

Conforme ressaltam Pereira e Gonçalves,

a implementação dos direitos sociais é uma matéria que guarda conexão estrita com o tema das omissões. A crescente judicialização desses direitos — bem como acolhimento das demandas pelo Judiciário — traz implícita a concepção de que os entes públicos não adimpliram seu dever de materializar os comandos constitucionais, ou seja, pressupõe o reconhecimento de omissões materiais inconstitucionais.<sup>66</sup> Vale destacar, ainda, que o STF tem apreciado um amplo espectro de situações envolvendo omissões não normativas tendo como parâmetro direto normas constitucionais programáticas, rejeitando a visão de que elas demandariam inexoravelmente *interpositio legislatoris* para produzirem efeitos e se tornarem vinculantes. O impacto desse quadro na visão legiscêntrica da omissão inconstitucional é evidente, ao retirar do parlamento o monopólio da atenção sobre o dever de cumprimento da Constituição. Também outros entes, como órgãos executivos, entram em foco. Com isso, a análise da atuação de todos os agentes públicos é alçada à condição de objeto de controle de constitucionalidade em processos objetivos.<sup>66</sup>

Além disso, a discussão sobre uma definição rígida de política pública não se encontra ainda pacificada na doutrina. A reestruturação do Estado visando conferir melhores condições sociais aos indivíduos foi o grande impulso que fez com que seu estudo passasse a ganhar relevância na seara do Direito. Nesse sentido, segundo Bucci,

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definitivos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>67</sup>

E, desse sentir, há muito não diverge Vilanova, ao, também, afirmar o caráter jurídico desse programa de ação estatal, em que se consubstanciam as políticas públicas, visto enquanto uma forma de racionalização do processo de desenvolvimento:

a mudança social (*a social chance*), reveste-se hoje na espécie de desenvolvimento. O desenvolvimento implica uma certa racionalização, a interveniência programada de fatores, uns a título de meios, outros a título de fins. A norma jurídica intervém na programação da mudança, como um dos fatores de racionalização. Estabelece-se um programa de ação — educacional econômica, populacional, habitacional, financeiro, administrativo, de política interna ou de política externa — mas sem o direito ele é mero projeto, simples projeção de ação futura, esquema viável ou inviável, oportuno ou necessário. Para conferir-lhe cogência, viabilizá-lo imperativamente, para arrancá-lo da simples proposta discutível, teoricamente acertado ou desacertado, apela-se para a decisão, e como essa decisão tem por protagonista o Estado, ela é decisão política. E como o Estado é sempre jurídico, a decisão é jurídica, requer o direito<sup>68</sup> (Vilanova, 1977, p. 23-24).

<sup>66</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n° 18, jan./dez. 2015, p. 145.

<sup>67</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>68</sup> VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano VIII, n. 43-44, jul./dez. 1977, p. 23 – 24.

Dessa maneira, se há evidentemente uma lacuna ou omissão em relação ao descumprimento das políticas públicas que deveriam adotar-se pelo Estado, no exercício de seus poderes constituídos, poderá questionar-se, no plano jurisdicional, como tal descumprimento poderá ser sanado, visando efetivar os direitos e garantias fundamentais. Nos dizeres de Miranda, ao reconhecer a possibilidade de multiplicidade de fontes de omissão (normativa, legislativa, política, entre outras),

relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis — e não apenas teóricas — de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda revelar-se ilícitos.<sup>69</sup>

É justamente para explicar a atuação do Judiciário ante uma omissão dos demais Poderes, notadamente no caso do Executivo, que surge o que se vem denominando de “estado de coisas inconstitucional”, e que ainda não possui conceituação sólida e unívoca sobre o seu significado, mas que pode ser compreendida a partir da análise das características apontadas pela doutrina para o reconhecimento dessa situação fática

A) desconhecimento reiterado e geral de direitos e liberdades fundamentais por parte das autoridades públicas. B) A adoção de práticas constitucionais por estes poderes. C) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa dos direitos constitucionais ao adotar medidas corretivas das violações desses direitos. D) A manutenção de ordenamentos transitórios ou temporários em temas centrais, como a autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. E) O ativismo judicial. F) Os juízes provisórios. G) O mau funcionamento e desempenho de alguns órgãos judiciais e de defesa da proteção dos direitos fundamentais. H) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo Poder Executivo. I) A impunidade para crimes de corrupção e direitos humanos. E, J) A Substituição dos mecanismos de reforma constitucional e o poder constituinte, entre outros, pela justiça constitucional<sup>70</sup>.

A atuação do Judiciário como mecanismo de transformação tem sido, com efeito, objeto de investigação. A análise de Streck tem a originalidade de apontar o caminho da hermenêutica filosófica como novo paradigma. Com efeito, Streck<sup>71</sup>, não obstante proclame que o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade, alerta, valendo-se da lição de Cittadino, para a circunstância de que a judicialização da política, conquanto condição de possibilidade no Estado Democrático de Direito, não deve implicar um agir do Judiciário exclusivo sob seus domínios ou mesmo paternalista. Efetivamente,

não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, de uma atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.<sup>72</sup>

Diferentemente de Dworkin, Streck tem a experiência de um operador do Direito em um Estado peri-

<sup>69</sup> MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 11.

<sup>70</sup> CORREDOR, Róman J. Duque. Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones – el Estado de cosas inconstitucional. *Provincia Especial*. Mérida, Venezuela: Universidad de los Andes, 2006, p. 343 – 344. No original: A) Desconocimiento reiterado y general de libertades y derechos esenciales por los poderes públicos. B) La adopción de prácticas constitucionales por dichos poderes. C) La omisión de los órganos competentes en materia de defensa de derechos constitucionales de adoptar las medidas correctivas de las violaciones de estos derechos. D) El mantenimiento de ordenamientos transitorios o provisionales en materias fundamentales, como el de la autonomía e independencia del poder judicial y su régimen disciplinario. E) El activismo judicial. F) La provisionalidad de los jueces. G) El funcionamiento deficiente y el poco desempeño de los organismos judiciales y de defensoría de protección de los derechos fundamentales. H) El ejercicio de la delegación legislativa ilimitada por el poder ejecutivo. I) La impunidad de delitos de corrupción y contra los derechos humanos. Y, J) La sustitución de los mecanismos de reforma constitucional y del poder constituyente, entre otros, por la justicia constitucional

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>72</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 39.

férico onde são gritantes as deficiências do Poder Público na satisfação das políticas públicas estabelecidas na Constituição. Entre os exemplos por ele ofertados<sup>73</sup>, chama a atenção para que, ao decidir garantindo vagas em ensino fundamental, o magistrado invade a esfera de atuação do Executivo no âmbito das políticas públicas, o que pode ter ocorrido em detrimento, por exemplo, de ampliação de leitos hospitalares. Isso, obviamente, seria inconcebível no paradigma de estruturalização funcional clássica do poder.

A obra de Dworkin, também rica em estudo de casos, chama a atenção ao explicitar a atuação do Judiciário como fonte co-legisladora de norma geral. Trata-se do caso *Charter*, em que o juiz teve de estabelecer se a proibição quanto à participação de negros como sócios de uma agremiação política, encontrava vedação na lei que prescrevia a não discriminação às organizações que servem a “uma parte do público”.

Nesse caso, um olhar sobre a hermenêutica clássica manda o juiz aferir a intenção do legislador ao estabelecer na norma a expressão etimológica “uma parte do público”, e, assim, a questão se torna semântica, até mesmo por decomposição para saber o que é público, como precisar uma parte dele etc. Na perspectiva dessa linha, Dworkin compreende que

diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro das regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras do texto legal realmente significam.<sup>74</sup>

Porém, o que o juiz sente, o que ele acha, a inspiração divina, mediúnica, enfim, parece realmente não se apresentar como um critério racional a ponto de justificar a decisão judicial. É preciso que ela se assente numa compreensão do que desde sempre existe e se encontra lançado (pré-compreensão a partir da finitude), e possa, a partir daí, apontar para uma solução hermenêuticamente correta para solucionar a questão, de modo que a compreensão possa ser igualmente aferida por outros observadores a ela concernidos.

A decisão que se constrói sob tal contextura deverá privilegiar os direitos de fundo e o direito que o cidadão possui de a eles ter acesso por meio do exercício da jurisdição, bem como aqueles estabelecidos ou decorrentes dos princípios selecionados como de valor permanente.<sup>75</sup>

### 3.4 O legislador de terceiro grau e sua legítima capacitação para tal mister

É nesse sentido que Bonavides insiste em divisar o juiz como legislador de terceiro grau, reconhecendo o papel a ele destinado na nova hermenêutica de matiz filosófico:

intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais.<sup>76</sup>

Tem-se verificado, a partir daí, uma visão *redentora* do Poder Judiciário, com outra sorte de objeção se colocando na seguinte e preocupante indagação: os juízes estão preparados para fazê-lo?

Primeiramente, essa visão não pretende que o Poder Judiciário, de modo indiscriminado e arbitrário pos-

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57 – 58.

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 11.

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15 e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45 – 46.

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

sa substituir o Poder Executivo, definindo as políticas públicas, ou ainda, criando normas gerais, avocando-se atribuição inerente ao legislador. Pretende-se, ao contrário, mirar uma via aberta e legitimada pelo pacto para conformar a atuação do Poder Público aos compromissos estabelecidos na Constituição, assegurando, portanto, sua força normativa.

O primeiro argumento contrário à tese substancialista da politização da jurisdição decorre, como já vimos, exatamente da preocupação democrática com a legitimação. Se, de regra, não eleitos pelo povo, se as decisões que os juízes tomam não estão submetidas ao controle popular, então, não teriam eles legitimação para tanto.

Na verdade, a questão tomada sob este prisma parte de um pressuposto formal para a legitimação, ditado pelas regras do jogo que podem, obviamente, ser modificadas por regras adremente estabelecidas.

A legitimação em estudo deve decorrer menos do procedimento que da substância. Isso significa dizer, em outras palavras, que a decisão judicial, ao se vincular ao núcleo material essencial da Constituição (o art. 3º, por exemplo), tendo como escopo o equacionamento formal e material das políticas públicas voltadas para a satisfação da Justiça distributiva, atenderá a uma expectativa congruente generalizada<sup>77</sup> das camadas da população excluídas.

Sob o prisma desse entendimento, podemos entender que, conquanto formalmente legitimados, o Parlamento e o Executivo podem tomar - e tomam - decisões que frustram expectativas generalizadas, desvinculando-se do núcleo compromissário-dirigente da Constituição brasileira. Seriam elas legítimas? A pergunta pode ser feita de outra forma: Estariam os parlamentares ou os órgãos executivos legitimados substancialmente a tanto? A resposta, sem dúvida, é negativa.

Nesse diapasão, a legitimação substancial constitucional, para o atuar do Judiciário, de forma a efetivar as políticas públicas concertadas - vistas enquanto metas estatais discutidas com a própria sociedade, direta e indiretamente, para promoção, em última análise, da prosperidade pública (bem de todos, consoante o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988) -, se impõe como uma defluência natural do concretizar democrático participativo, cuja capacitação exsurge na *praxis* e vivência dos cotidianos anseios sociais, colhidos no processo de um profícuo e continuado controle de constitucionalidade da atividade estatal comissiva e omissiva - segundo valores de validade/invalidade das normas jurídicas e efetividade/inefetividade dos demais atos governamentais<sup>78</sup> -, e sua conformação às vinculantes metas públicas<sup>79</sup>. Com efeito, consoante Rocha:

inferese daí, transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido para alcançar o legitimismo principiológico e material. Neste sentido, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário — garante da supremacia constitucional — em sua função de interpretação, construção e integração do Direito. Com efeito, o processo de invalidação da norma inconstitucional, bem como o de complementação e explicitação da lei insuficiente ou de defeituosa individualização, há de harmonizar-se com o conjunto sistemático da ordem jurídico-normativa superior, de forma a valorizar “a coesão, a congruência e a identidade do sistema”, sem olvidar o que Lassalle chamaria de “os fatores reais do poder”. Posto desta forma, a função metodológica da interpretação criada em âmbito jurisprudencial, demanda perquirição, não apenas, da lógica que advém da racionalidade jurídica, mas também, dos conteúdos históricos, políticos e sociais dissolvidos na normatividade das Constituições. Neste contexto, a judicial review of legislation, para além de constituir-se num sistema de medidas técnicas assecuratórias do controle da constitucionalidade, atua eficazmente na concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional, objeto da tensão permanente entre a dogmática legalista e o *factum social*.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>78</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, n° 18, jan./dez. 2015.

<sup>79</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 86, n° 737, março de 1997.

<sup>80</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A efetivação da legitimidade do Estado Democrático de Direito na obra de Paulo Bonavides. *Revista Jurídica da Presidência da República*. Brasília: Imprensa Oficial, vol. 7, n. 72, mai. 2005, p. 11-17.

Enfim, é preciso ter presente que sob a perspectiva emancipatória, que reclama o cumprimento das promessas de modernidade vazadas na Constituição do Brasil de 1988, a atuação do Judiciário sob essa perspectiva se avulta como uma via que não pode ser desprezada, impondo-se, todavia, a presença das conformações e limites ora evidenciados.

## 4 Últimas reflexões para concluir

Se os juízes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter de tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos humanos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, de modo a imprimir a força normativa necessária àquele núcleo vazado no art. 3º, da Constituição brasileira, que revela as promessas da modernidade ainda não cumpridas no Estado contemporâneo.

Como tal, conforme analisado neste artigo, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei ou a decisão executiva, na medida em que satisfaça ou não expectativas sociais congruentemente generalizadas. A atuação contramajoritária da parte do Poder Judiciário apenas se justifica na, e pela, promoção dos direitos fundamentais, a qual se exerce, portanto, em direção ao fortalecimento da paz (haurida da solução dos conflitos sociais) e, em consequência, da hodierna democracia dialógica, participativa.

O dilema em adotar, entre nós, a politização da decisão judicial sob o veio substancialista reside, como aponta com precisão Streck, no fato de que o Judiciário está preparado para “lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista; não está preparado para o enfrentamento de problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988...”<sup>81</sup>.

Isso acontece, registra Streck<sup>82</sup> citando Faria, porque a magistratura

não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos<sup>83</sup>.

Ainda, pode-se referir, como causa, a circunstância de que os juízes, de regra, não se encontram habituados a lidar com a Constituição como um sistema estruturante dotado de sentido<sup>84</sup>, isto é, que deve revelar expectativas congruentemente generalizadas pelo procedimento social, produto da seletividade de princípios e valores de modo que a efetividade que lhe devem imprimir não pode frustrar aquelas expectativas.

Postas essas reflexões sobre o problema da legitimação e limitação do poder projetadas na crise *governo versus jurisdição*, que apontam para a possibilidade de atuação da jurisdição numa perspectiva emancipadora, é preciso, contudo, termos a consciência de que divisar o exercício da jurisdição como um caminho propulsor de inclusão em defesa da sociabilidade estatal, não implica a desconsideração de outras vias de atuação, sobretudo as decorrentes da atuação popular de caráter nitidamente não governamental, que devem ser privilegiadas sem que isso conduza a um menoscabo ao exercício da jurisdição pelo concebido viés.

Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/download/50/113>>. Acesso em: 18 jun 2016.

<sup>81</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54.

<sup>82</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>83</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho Nacional da Justiça Federal, 1995, p.15- 16.

<sup>84</sup> O sentido ora imprimido à Constituição está erigido a partir do conceito de direito elaborado por Luhmann (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 183).

## Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 237, jul./set. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=77375](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375)>
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BICKEL, Alexander Mordecai. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 3.ed. New Haven: Yale University Press, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa - Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª ed., 2ª tiragem, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª ed., 2015.
- BRITTO, Carlos Ayres. “Distinção entre ‘controle social do poder’ e ‘participação popular’”. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 189, jul./set. de 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo : Saraiva, 2006.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O papel da Constituição sob uma visão autopoietica do Direito. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 5, nº 20, julho/setembro de 1997.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.
- CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 86, nº 737, março de 1997.
- CORREDOR, Róman J. Duque. Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones – el Estado de cosas inconstitucional. **Provincia Especial**. Mérida, Venezuela: Universidad de los Andes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho Nacional da Justiça Federal, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-e-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>.
- IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato. In: *Amministrazione e Legalità - Fonti Normative e Ordinamenti (Atti dei Convegno)*. Macerata, 21 e 22 de maio de 1999, Milão: Giuffrè Editore, 2000.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: FCE - Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Lió Deprete. México: Facultad de Derecho/UNAM e Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2001.
- MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Cristina Murachco (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: *Grandes temas do Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo. (Org.). Florianópolis: Millennium, 2009.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, nº 18, jan./dez. 2015.
- RAO, Vicente. Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias – A legislação governamental ou delegada e os regulamentos – A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. In: *Separata - Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto* - vol. I. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1962.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A efetivação da legitimidade do Estado Democrático de Direito na obra de Paulo Bonavides. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília: Imprensa

Oficial, vol. 7, n. 72, mai. 2005, p. 11-17. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/download/50/113>, acesso em 18 jun 2016.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição. Entre o texto e o contexto!* 2ª ed. São Paulo: Baraúna, 2016.

VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano VIII, n. 43-44, jul./dez. 1977.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.