

O ATIVISMO JUDICIAL COMO OBSTÁCULO À DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O PLURALISMO SOB A PERSPECTIVA DE PETER HÄBERLE

JUDICIAL ACTIVISM AS AN OBSTACLE TO THE DEMOCRATIZATION OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION: PLURALISM FROM THE PERSPECTIVE OF PETER HÄBERLE

Caio Ferreira de Souza*

RESUMO

O presente artigo, consequência de uma iniciação científica voluntária, visa compreender a dinâmica do ativismo judicial no contexto jurídico brasileiro e a correlação desse fenômeno a uma nova interpretação constitucional. Além disso, a partir de uma ótica descentralizadora e hermenêuticamente democratizante, no aspecto jurisdicional próprio da defesa haberliana, o artigo objetiva entender a relação entre o fenômeno ativismo judicial e a abertura constitucional, pretendendo examinar se o primeiro elide o segundo e se o segundo inviabiliza o primeiro. O artigo pretende analisar as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, observando possíveis êxitos, objeções e dificuldades, porquanto influenciado pela teoria haberliana.

PALAVRAS-CHAVE

Ativismo judicial — Judicialização da política — Neoconstitucionalismo — Jurisdição constitucional — Audiências públicas — Peter Häberle.

ABSTRACT

This paper, a consequence of an undergraduate research, aims to understand the dynamics of judicial activism in the Brazilian legal context and the correlation of this phenomenon to a new constitutional interpretation. In addition, from a decentralizing and hermeneutically democratizing perspective, in the jurisdictional aspect of Habermasian defense, the paper aims to understand the relationship between the phenomenon of judicial activism and the constitutional opening, intending to examine whether the former eliminates the latter and whether the latter makes the former unfeasible. The paper intends to analyze how public hearings held by the Federal Supreme Court in the context of Brazilian concentrated control of constitutionality, observing possible successes, objections and difficulties, influenced by the Habermasian theory.

KEYWORDS

Judicial Activism — Judicialization of politics — Neoconstitutionalism — Constitutional jurisdiction — Peter Häberle.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Delimitação Conceitual. 1.1 Judicialização da Política e Ativismo Judicial. 1.2 Neoconstitucionalismo. 2. Jurisdição Constitucional, Pluralismo Jurídico e Teoria Habermasiana. 3. Concretização da Teoria Habermasiana: audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais. Referências.

REFERÊNCIA: SOUZA, Caio Ferreira. O Ativismo Judicial Como Obstáculo à Democratização da Jurisdição Constitucional: o Pluralismo sob a Perspectiva de Peter Häberle. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 2, Porto Alegre, p. 97-125, mai. 2022.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente tem sido observado o advento e consequente protagonismo do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF), em detrimento dos demais Poderes no que tange à hermenêutica constitucional. Do triunfo judiciário na Nova República,

* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis (UFU).

depreendeu-se o empoderamento dos magistrados componentes do Pretório Excelso, uma vez que o fenômeno é decorrente da consolidação de um controle de constitucionalidade incisivo em uma notória “*era dos direitos*” (LEWANDOWSKI, 2009).

Intensificou-se, portanto, um discurso favorável a uma nova interpretação constitucional antipositivista, a fim de legitimar com afinco a atividade dos juízes no exercício da jurisdição constitucional de modo uníssono. Com esse respaldo neoconstitucionalista, surgiram implicações significativas para a configuração da separação dos Poderes, quais sejam, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Perante esse cenário, a pesquisa trouxe a lume os escritos do jusfilósofo alemão Peter Häberle, presentes no livro “Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, com o propósito de defender a abertura democrática constitucional por meio da ampliação do rol dos intérpretes do Direito. Sua relevância é evidente, haja vista sua contribuição para a institucionalização do *amicus curiae*, ainda que não expressamente, nas leis 9.868/99 e 9.882/99 e posteriormente no Código de Processo Civil vigente.

A hipótese, ao início da pesquisa, era de que a teoria häberliana colide com o ativismo judicial, tendo em vista que este impede a democratização proposta por Peter Häberle. Com o desenvolvimento da pesquisa, percebeu-se que essa hipótese era limitada e não contemplava todos os temas pertinentes que o estudo do tema propiciou. Assim sendo, foi rapidamente ampliada, sendo possibilitada pela pesquisa bibliográfica através do método dedutivo.

Houve, portanto, a assimilação dos conceitos jurídicos que direta ou indiretamente contribuem para o entendimento holístico do debate; a compreensão dos propósitos da teoria haberliana e a influência desta na institucionalização do *amicus curiae* no ordenamento pátrio e seus desdobramentos. Ademais, a pesquisa se justifica pela crise político-institucional verificada entre os Poderes componentes da esfera estatal, o que exige a discussão sobre a separação dos Poderes e suas respectivas atribuições. A popularização dos Vigilantes¹ é notória, visto que, todos os dias, os distintos meios de comunicação os exibem em matérias jornalísticas que adentram os lares nacionais. O que antes era debatido restritamente pelos ministros da mais alta Corte do país hoje é televisionado, e sentem-se os brasileiros na necessidade de também, à sua maneira, interpretar.

¹ Em referência à célebre frase do poeta romano Juvenal: “*Quis custodiet ipsos custodes?*” ou “Quem vigia os vigilantes?”. É empregada para discutir sobre como responsabilizar o poder político, *in casu*, os próprios ministros do STF responsáveis pela suposta “última palavra” constitucional.

Além disso, o artigo se mostra imprescindível para averiguar se as audiências públicas realizadas pelo STF, mediante a instituição do *amicus curiae*, efetivamente contribuem para a pretendida democratização ou abertura constitucional, de modo que o estudo de referido instrumento deve existir para melhor compreensão das instituições jurídicas brasileiras com potencial hermenêutico democratizante.

Tem-se como escopo investigar se a teoria haberliana tem a capacidade de mitigar ou impedir formas de ativismo judicial, considerando as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade abstrato e seus desdobramentos.

A metodologia pautou-se pela revisão bibliográfica de livros, artigos, periódicos e leis, que emplacaram uma remissão histórica não só do fenômeno analisado, mas de conceitos e discussões constitucionais ao tema concernentes. Para a realização da pesquisa bibliográfica, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se de uma premissa maior e geral para chegar a outra menor e particular, a fim de atestar a veracidade das conclusões aqui inferidas.

Dentre os materiais utilizados para a confecção deste artigo, pode-se dividi-los em três blocos. O primeiro guarda relação aos conceitos jusfilosóficos necessários à compreensão dos fenômenos jurídico-constitucionais. O segundo bloco é sobre o pensamento de Peter Häberle e sua contribuição para o ordenamento pátrio, dentre outras análises de teorias de autores pluralistas relevantes. O terceiro e último bloco apresenta leis, pesquisas e documentos que explicitam o resultado das audiências públicas na vivência jurídica brasileira.

1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

1.1 Judicialização da Política e Ativismo Judicial

A tradição constitucional brasileira, em relação aos estudos concernentes ao ativismo judicial e à judicialização da política, percebeu-se muito escassa quando comparada com a produção científica de outros países, a citar os debates estadunidenses quanto ao tema, cuja discussão remonta a meados do século passado.

Os primeiros livros com enfoque exclusivo nesse tema foram “Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal”, organizado por Vanice Regina Lirio do Valle, de 2009, e “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”, publicado em 2010, cujo autor é o professor Elival da Silva Ramos, revelando, dessa forma, que a discussão temática é razoavelmente recente (FERNANDES, 2012, p. 250). Em relação à judicialização, destaca-se o pioneirismo

da obra “Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil, cujos autores são Luiz Werneck Vianna *et al.*, de 1999.

O termo judicialização, por si só, explicita que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2010, p. 5). O que antes não era apreciado judicialmente assim tornou-se. A título de exemplo, cite-se a judicialização das relações sociais e das políticas públicas, especificamente da saúde.²

Fernandes (2012, p. 251) destaca duas visões acerca do fenômeno: uma de ordem quantitativa e outra de ordem qualitativa. Na primeira, a judicialização promove o aumento da quantidade de ações judiciais. Na segunda, amplia-se os temas submetidos ao Judiciário, inexistindo previsão sobre como tais questões inéditas serão analisadas.

Exibiu-se de maior relevância, dentre as modalidades judicializantes, a judicialização da política, consequente do protagonismo dos tribunais na esfera política nas sociedades democráticas atuais. Apesar da notória ocorrência nas vivências pátria e estrangeira, no esqueque acadêmico, as razões para sua configuração guardam controvérsia (SILVA, 2008, p. 117).

Para Carvalho (2004, p. 122), em análise à coletânea *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada por Neal Tate e Torbjorn Vallinder (1995), as condições para a expansão do Poder Judiciário, em escala global, foram o colapso do socialismo, a hegemonia americana, a evolução da jurisprudência constitucional, os confrontos mundiais, os direitos humanos, o neoliberalismo, o ativismo judicial, entre outros.

Adequando os escritos dos mencionados autores estrangeiros para a realidade brasileira, Carvalho (2004, p. 117-120) argui que a democracia, a separação dos Poderes, os direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pela oposição, assim como a inefetividade das instituições majoritárias foram as principais condições para o surgimento da discutida judicialização da política.

Para Barroso (2009, p. 3-6), dividem-se em três as causas do fenômeno. A primeira é a redemocratização do país e promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que o Judiciário deixou de ser um “*departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político*”, por meio do qual a própria sociedade manifesta seus anseios por

² A judicialização da saúde é tema comumente debatido e decorre da tentativa de fazer-se concreto o direito fundamental à saúde, ante a limitação do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto ao seu dever de assistir integralmente os que necessitam. Mediante a procedência de tais demandas judicializadas, a situação orçamentária local fica comprometida devido à necessidade de garantir o fornecimento de tratamentos e medicamentos dos demandantes. A saber: “O que é judicialização da saúde?”. FEMAMA – Federação Brasileira de Instituições Filantrópicas de Apoio à Saúde da Mama. Disponível em: < <http://www.femama.org.br/pacientesnocontrole/o-que-e-judicializacao-em-saude/>>. Acesso em: 14/04/2020.

justiça, culminando no aumento de demandas. A segunda é o aspecto abrangente da Constituição que passou a contemplar muitas matérias antes reguladas por legislação ordinária. A terceira é o controle de constitucionalidade, que incorporou aspectos jurisdicionais dos sistemas americano e europeu, distintos entre si, refletindo na apreciação pelo STF de questões políticas e moralmente relevantes.

Apesar das particularidades de cada autor, as causas são eminentemente políticas e jurídicas, correlacionadas ao descrédito, à crise de representatividade e à morosidade nas instâncias políticas tradicionais, eis a crença de que os intentos constitucionais têm melhor potencial de efetivação nos Tribunais (FERNANDES, 2012, p. 5). Aliás, judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos próximos³ e podem ser facilmente confundidos. Silva (2008, p. 122) assim os diferencia:

O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições [...] A judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.

Ralho (2016, p. 100), por sua vez, defende que a judicialização é um problema de (in)competência para a prática de um ato, ao passo que o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz, com subjetividade, “*substitui os juízos políticos e morais pelos seus*”.

Originado no constitucionalismo social, cujas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram o marco inicial, o ativismo judicial teve proeminência na jurisprudência estadunidense. A princípio detinha natureza reacionária, constituindo-se ferramenta para a segregação racial e para a invalidação de leis sociais, bandeiras defendidas pelos movimentos conservadores do período. Contudo, com a presidência de Earl Warren, durante a década de 1950, a jurisprudência produzida passou a ter conotação progressista na defesa dos direitos fundamentais de minorias sociais — negros, mulheres e réus criminais — dentre outras questões à época (e que perduram) polêmicas, como a interrupção da gestação e o direito à privacidade (BARROSO, 2009, p. 7).

³ Destaca Barroso (2009, p. 6) que são conceitos primos, isto é: similares e próximo, mas não idênticos. Enquanto a judicialização constitui-se fato ou circunstância, o ativismo é a atitude excedida do magistrado no exercício da função jurisdicional.

As principais causas remetidas ao surgimento do ativismo judicial no Brasil, assim como no caso da judicialização da política anteriormente exposta, decorrem da conjuntura institucional e do modelo político institucionalizado pela Constituição Federal de 1988. Citem-se as seguintes concretizações: ação direta de inconstitucionalidade (ADI); arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); mandado de injunção (MI); mandado de segurança (MS) e habeas data (HD); controle difuso de constitucionalidade; ampliação dos legitimados à propositura de ADI. Com a EC/93, foi instituída a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). No âmbito institucional, as leis 9.868/99 e 9.882/99 foram responsáveis por fortalecer a atuação do Judiciário no campo do controle de constitucionalidade concentrado. Com a EC 45/04, a chamada “Reforma do Judiciário”, todo esse processo de empoderamento se intensificou.

Na doutrina estrangeira, Araújo (2018, p. 132), sistematizando os escritos de Keenan Kmiec, relata a existência de cinco acepções da expressão polissêmica “ativismo judicial”: a atitude do Judiciário de invalidar ações pronunciadas por outros Poderes; o distanciamento aos precedentes a que originalmente se deve obediência; a iniciativa em legislar em que pese o dever institucional de julgar; o distanciamento de uma metodologia hermenêutica prevista e a decisão desarrazoada ou aquela tomada por um juiz que a proferiu por finalidade individual.

Marshall (2002, p. 107-131) elenca os tipos de ativismo judicial sendo eles: o ativismo contramajoritário, o ativismo não-originalista, o ativismo marcado por precedentes, o ativismo jurisdicional, o ativismo criativo, o ativismo remediador e o ativismo partidário.

A despeito das particularidades, os posicionamentos conceituais são semelhantes. Verifica-se, também, que o fenômeno possui natureza seletiva: inexiste regra para sua ocorrência. Silva (2008, p. 121) expressa que as decisões do magistrado ativista podem ser progressistas ou conservadoras; logo, a classificação de uma determinação judicial como boa ou ruim é irrelevante.

Em suma, o ativismo judicial, que não se confunde com os mecanismos do controle de constitucionalidade anteriormente listados, consiste na prestação jurisdicional aditiva que extrapola os limites impostos pelo ordenamento jurídico definidos institucionalmente (RAMOS, 2010, p. 129). Barroso (2009, p. 6) descreve que essa participação se manifesta por meio de condutas como:

[...] a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O ativismo judicial e a judicialização da política afligem precipuamente a democracia⁴ e o princípio da separação dos Poderes. Ocorre o distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade, visto que aquele, nas hipóteses indevidas de aplicação da norma, faz com que o povo seja afastado das decisões de governo, agredindo, por consequência, o sistema democrático. (NEGRELLY, 2010, p. 1416). A vontade da coletividade é inviabilizada se os magistrados passam a encabeçar as decisões políticas. O povo deixa de ser senhor de seu destino, o pluralismo democrático não perdura.

Para mais, a separação dos Poderes, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito⁵, é também alvo da expansão do Poder Judiciário. É sabido que, apesar da unidade, indivisibilidade e indelegabilidade do poder político, as funções necessárias do Estado se decompõem. O princípio é responsável por estabelecer freios e contrapesos inter-Poderes. Impede-se a sobreposição de um Poder à atuação de outro. Promove-se a coexistência pacífica e harmônica, de maneira que cada um possa exercer suas funções instituídas ordenadamente. A partir da configuração da judicialização da política e do ativismo judicial, a função legislativa fica parcialmente sujeita à usurpação dos juízes, significando violação ao princípio.

Barroso (2009, p. 10-19) traça objeções à crescente intervenção judicial na vivência brasileira, dentre elas: os riscos para a legitimidade democrática – não foram eleitos, portanto não têm legitimidade para sobrepor ao sufrágio universal; o risco de politização da justiça, pelo fato de que Direito não é política e devem os juízes agir enquanto juízes, avessos ao populismo e cientes da necessidade potencial de posturas impopulares; e o risco de interferir quando não deve, apesar de haver sempre a possibilidade de fazê-lo.

Negrelly (2010, p. 1418) assevera, porém, que não deve a função jurisdicional limitar-se à “*aplicação mecânica lógico-silogística das normas legais*”, defendendo a noção de que existe competência de atuação para evitar abuso de poder, harmonizar a relação entre os poderes e preservar as liberdades e o exercício das funções cabíveis. Essa essência não é perene, mas

⁴ Para Bobbio, a democracia é um sistema de poder onde as decisões de interesse da coletividade são tomadas pelos membros que a compõem; para Kelsen, é a participação dos governados no governo sob a égide da autodeterminação política; e para Tocqueville, em análise à democracia estadunidense, é o lugar cujo povo nomeia quem faz a lei e quem há de executá-la (NEGRELLY, 2010, p. 1416)

⁵ As noções de Estado Democrático de Direito não se exaurem no princípio da soberania popular, de modo que, apesar da infinita importância do povo na República, a separação de poderes é igualmente imprescindível.

inabitual. Não é própria do Judiciário a função de inovar o Direito⁶, a legitimidade advinda da Constituição para sua criação e manutenção não contemplam referida atribuição.

Lado outro, a função jurisdicional é fundamental ao princípio da separação dos Poderes. Eventuais tensões institucionais perfazem-se naturais, uma vez que este embate, sob a limitação dos freios e contrapesos, só tem a acrescentar. Aliás, se a legitimidade de um Poder decorre do povo, a do outro decorre da Constituição. Eis o dilema.

1.2 Neoconstitucionalismo

Com a superação do pensamento medieval e a inauguração de ideais filosóficos pertencentes a uma mentalidade antropocentrada, a Idade Moderna constituiu-se processo de transição, que permitiu a viabilização do ideal de Constituição, tendo a limitação do poder do Estado e a declaração de direitos da pessoa como seus elementos primordiais e norteadores (CANOTILHO, 1997).

Limitava-se para que, havendo a incumbência estrita de atribuições a cada Poder, a ingerência em potencial dos agentes estatais não fosse apta a violar os direitos dos cidadãos, conforme assegurado pelo próprio texto constitucional responsável por preterir uma série de prerrogativas que aqueles possuíam em desfavor do Estado. Delegava-se ao Poder Legislativo maior proeminência que aos demais no seu dever de representação popular (DEMARCHI; CADEMARTORI, 2010, p. 11)

Consoante a configuração de um Estado Mínimo, a cultura jurídica conferia à Constituição essência simbólica.⁷ Mesmo que fossem os direitos do homem exaltados, serviam estes como inspiração para o legislador, a perceber que as Leis editadas pelo Parlamento dotavam de maior relevância que a Magna Carta (SARMENTO, 2009, p. 2).

A partir do século XX, o Poder Executivo imiscui-se no protagonismo conferido ao Legislativo em outrora. O Estado torna-se intervencionista e responsável por oportunizar a

⁶ Ser criativo é diferente de ser criador. Na primeira situação, o intérprete cria o Direito extraindo do texto normativo a norma, enquanto no segundo caso o intérprete exerce sua criatividade a despeito da sua função e do que dispõe do ordenamento, tornando-se legislador.

⁷ Acerca da essência da Constituição o “embate” dialógico travado entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse é emblemático: o primeiro argui quanto à existência de uma Constituição real, formada pelos fatores reais que de fato regem a sociedade, enquanto a Constituição jurídica e escrita tem essência simbólica, é mera “folha de papel”. O segundo, contudo, num contexto de crise constitucional, expressa que a Constituição adquire força normativa quando pretende alcançar sua eficácia. Objetiva, também, a superação da dicotomia real-jurídica lançada pelo primeiro de modo que a força normativa da Constituição seja manifesta na realidade, devendo a Constituição ser adequada às realidades dominantes. Em suma, visa-se maximizar a força imperativa constitucional, devendo-se considerar a vontade da Constituição. Nesse sentido, conferir: HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

relativização e supressão de direitos liberais numa conjuntura marcada por guerras, regimes totalitários e crises socioeconômicas.

Ante essa configuração, o fortalecimento da jurisdição constitucional e a implementação de mecanismos robustos de proteção aos direitos fundamentais foram medidas imperativas presentes nas novas Constituições, movimento este alcunhado por parcela doutrinária de Constitucionalismo Contemporâneo, ou Neoconstitucionalismo, o qual reação pungente às atrocidades globais consistentes nas experiências nazistas e barbaridades bélicas. Como consequência, houve o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento basilar da nova ordem constitucional (NOVELINO, 2016, p. 52).

A obra “Neoconstitucionalismo(s)” organizada por Miguel Carbonell, em 2003, foi a responsável por consolidar e divulgar este termo oriundo das produções científicas da Espanha e da Itália. No âmbito constitucional norte-americano e alemão, por exemplo, a palavra “neoconstitucionalismo” não é utilizada. O seu reconhecimento enquanto modelo, por tais razões, guarda evidente controvérsia no esboço teórico.

A principal dificuldade em conceituar o neoconstitucionalismo cujo reconhecimento de existência guarda controvérsia, advém da sua amplitude. Estão nele inseridos muitas posturas jusfilosóficas conflitantes entre si.⁸ O momento histórico no qual foram as teorias criadas, além de certos aspectos similares, resultou em que fossem reunidos, dentro de uma mesma seara ideológica, positivistas e não-positivistas, liberais, comunitaristas e procedimentalistas, etc (SARMENTO, 2009, p. 2).

Assim, é correto aduzir a inexistência de um singular neoconstitucionalismo, mas a validade de neoconstitucionalismos. O que os une sob o mesmo julgo denominador é que todas as posições jusfilosóficas reconhecem e defendem a mutação da cultura jurídica (SARMENTO, p. 4). Apesar de sua heterogeneidade, pode ser genericamente definido como um modelo que defende no ordenamento jurídico “*mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador*” (SANCHÍS, 2003, p. 59). Esclarece-se que o neoconstitucionalismo de ordem substancialista é a modalidade analisada

⁸ Sarmento (2009, 2-4) elenca autores positivistas (Luigi Ferrajoli, Luiz Pietro Sanchis, Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo) e não-positivistas (Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino), dentre outros. São igualmente mencionados Gustavo Zagrebelsky e Peter Häberle, este último que será alvo de análise adiante. Em que pese Häberle estar aqui elencado, a sua teoria jamais se coadunaria com a expansão ostensiva do Poder Judiciário em desfavor das potências públicas componentes da sociedade no âmbito da jurisdição constitucional. Frente a isso, é manifesto o caráter essencialmente heterogêneo que contempla a reflexão. Mister relatar que os referidos autores não se autodenominam neoconstitucionalistas.

doravante, excluindo-se as demais concepções que se antagonizem ou que pouco a ela se afigurem.

Ao passo que a teoria substancialista defende uma postura intervencionista e ativista do magistrado na defesa e efetivação dos direitos fundamentais, de modo a transcender a função de *checks and balances* originária, a teoria procedimentalista preza pela deliberação dos poderes representativos do povo acerca valores substancialmente coletivos e concebe antidemocrática a postura dos juízes que inferem direitos e valores morais segundo a Constituição (RIBEIRO; CZELUSNIAK, 2012, p.186-207).

Noutra perspectiva, se na cultura jurídica dos países europeus o marco inicial⁹ para a eclosão da aludida nova ordem constitucional é o instante pós-Segunda Guerra Mundial, a promulgação da Constituição de 1988 é o marco histórico brasileiro. Isso porque, dentre os defensores de tal nova era jurídica, é o neoconstitucionalismo observado como um triunfo para o Direito Constitucional pátrio. No espeque filosófico, com o retorno da ética e dos valores ao Direito e ultrapassado o positivismo¹⁰, o neoconstitucionalismo consolida-se nas bases do pós-positivismo. (BARROSO, 2007, p. 2-4).

Ambas as denominações (neoconstitucionalismo e pós-positivismo) ocasionam certo embaraço terminológico. Como destaca Silva (2006, p. 3340), o segundo tem conotação mais ampla, a observar que as teses filosóficas e metodológicas por ele contempladas extrapolam as preocupações e os objetivos do primeiro. Em suma, o pós-positivismo é o manancial que possibilita os ideais neconstitucionais.

Outrossim, no âmbito teórico, Barroso (2007, p. 5-12) sustenta a existência de três características essenciais do fenômeno neoconstitucionalista, a saber: a expansão da jurisdição constitucional, a fim de possibilitar ao Poder Judiciário a proteção dos direitos fundamentais; a existência de uma nova interpretação constitucional, pela função instrumental hermenêutica que adquirem os princípios e valores aliados à nova essência da norma doravante jurídica e vinculante; a força normativa da Constituição, cujos dispositivos passam a ter aplicação obrigatória e vinculante a todo o ordenamento jurídico.

⁹ Fernandes (2012, p. 254-255) especifica que são três os antecedentes históricos mundiais que consolidaram o modelo, sendo eles: o massacre cometido pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Julgamento de Nuremberg. Tais acontecimentos simbolizaram o início de uma nova ordem mundial.

¹⁰ É controversa a superação do positivismo, pois subsiste a ideia de que referida abordagem não foi superada ante a inabilidade do modelo neoconstitucionalista em refutar radicalmente suas premissas, ainda que coexistam outras teorias mais adequadas ao Direito na atualidade. Nesse sentido, confira-se: LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Júlio César Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo? In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 2019, 10(3): 348-361

Os defensores do neoconstitucionalismo o veem como um paradigma democrático de efetivação de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição irradia sua influência e precisão por todo o ordenamento jurídico, viabilizando ao Poder Judiciário o status de instituição por excelência aos seus intentos. É, pois, referência compulsória à Força Normativa da Constituição teorizada por Konrad Hesse.

Os desdobramentos, contudo, explanam as razões pelas quais o modelo é vislumbrado como um alicerce antidemocrático coadunado com a configuração dos fenômenos da judicialização da política e ativismo judicial, o que fundamenta sua análise neste artigo. Quanto à expansão da jurisdição constitucional, o neoconstitucionalismo enseja que o juiz atue como intérprete e criador do Direito. Dessa forma, a discricionariedade consequente “*acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente*” (SARMENTO, 2009, p. 12), de forma que estes possam moldar a Constituição e interpretarem-na convenientemente às suas predisposições.

Em relação à mencionada interpretação constitucional, é notória a preocupação dos juízes na elaboração de decisões fundamentadamente racionais e com forte carga principiológica e axiológica¹¹ influenciadas também pelo momento pós-positivista. Todavia, surge consequencialmente insegurança jurídica pela intensa abstração que as interpretações carregam:

Um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. Porém, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões. (SARMENTO, 2009, p.15)

Apesar da preocupação com decisões articuladamente complexas, a prática judiciária incorre em decisões doutrinariamente ricas e de fundamentos decisórios escassos. As regras legais são imprescindíveis, pois, diferentemente dos princípios, são claras – por serem diretas e previamente estabelecidas – e proíbem interpretações extensivas ou incoerentes, garantindo ao ordenamento jurídico brasileiro maior segurança jurídica e menor discricionariedade do magistrado. Os princípios são mandados de otimização muito úteis para a realidade normativa

¹¹ O moralismo jurídico é teoria axiológica que possui apreço aos direitos e valores fundamentais, pelos quais deve o juiz agir no sentido de sua preservação ainda que em detrimento do Direito Positivo, e o pragmatismo jurídico preconiza o juiz como intérprete das normas jurídicas em excelência para decidir conforme as necessidades sociais, sob os pretextos do contextualismo, consequencialismo e antifundacionismo, muitas vezes rejeitando a aplicação de valores e princípios (RAMOS, 2010, p. 134-135).

de um país, porém, a sua mera invocação desconectada das regras implica em decisões judiciais vagas, heterogêneas e assimétricas.

No que concerne à força normativa da Constituição, depreende-se que a sua supervalorização holisticamente compromete possíveis inovações no ordenamento jurídico infraconstitucional. A Constitucionalização do Direito promove à matriz constitucional força descomunal com implicação a todas as ramificações do sistema normativo. Cria-se a percepção de que a Constituição, de antemão, já decidiu tudo, a chamada panconstitucionalização, impedindo-se a autonomia política do povo na realização de suas escolhas (SARMENTO, 2009, p. 18). Isso posto, refletem-se os aspectos antidemocráticos do neoconstitucionalismo e sua estreita relação aos fenômenos do ativismo judicial e judicialização da política.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, PLURALISMO JURÍDICO E TEORIA HABERLIANA

Como destacado, a consolidação dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial acompanham o fortalecimento da jurisdição constitucional, de modo que o controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro, obedecendo à tendência global, foi inspirado no *judicial review*¹² norte-americano.

Como consequência, configura-se a “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, pelo fato de que a possibilidade conferida aos juízes de invalidar ou adotar decisões adversas à vontade das maiorias representadas pelo Legislativo incide na contestação da legitimidade democrática para o exercício da jurisdição constitucional. Em contraposição, a noção de democracia não é necessariamente a vontade das maiorias, mas o respeito aos direitos fundamentais e aos valores democráticos; logo, a jurisdição constitucional, guarnecendo tais elementos, também se aperfeiçoaria democrática. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 130-135)

¹² A concepção de controle de constitucionalidade nasce da decisão do então ministro da Suprema Corte John Marshall, envolvendo o caso *William Marbury vs James Madison*. Para a resolução da controvérsia decorrente da reclamação à Suprema Corte através de mandado de segurança, visto que a nomeação de Marbury para o cargo de juiz de paz nos EUA tinha sido revogada por James Madison, secretário de Estado do então novo presidente Thomas Jefferson, Marshall decidiu pela inconstitucionalidade da lei que delegava à Suprema Corte a competência para o julgamento do referido mandado de segurança, pois seria competente à Constituição o que nela estivesse expresso. (SALES; CAMPOS, 2017, p. 220). Virgílio Afonso da Silva *apud* Marques e Barbosa (2017, p. 377) aduz a importância de Marshall e Kelsen: o primeiro pelo ideal originário de controle de constitucionalidade e o segundo pela ideia de um tribunal responsável pelo controle e monopólio das decisões de inconstitucionalidade, cuja relevância da fundamentação perdura no controle de constitucionalidade vigente.

Em virtude desse quadro, a tensão configurada entre democracia e jurisdição seria solucionada pela comunhão entre os dois elementos destoantes, ou seja, a democratização da jurisdição constitucional constituir-se-ia resposta necessária ao esmaecimento do problema. Dessa maneira, a pluralização dos integrantes do debate constitucional, enquanto instância de representação argumentativa, supriria o controverso caráter antidemocrático alastrado.

A visão tradicional sobre a hermenêutica constitucional é de conferir ao STF a responsabilidade pela “última palavra” acerca da Constituição, o que se remonta inverídico, a considerar que inexistente “última palavra” em muitas situações. Embora de significativa relevância, suas decisões não são aptas a encerrar a discussão de determinada controvérsia sobre uma norma constitucional, afinal, “*a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é*” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 137).

A hegemonia da Suprema Corte inferiu ao senso comum a noção de que os ministros do STF, órgão guardião da Constituição, detém a “última palavra” por consequência. Esclarecem Sepúlveda e Barbosa (2017, p. 1357-1366) diversas configurações, a verificar casos em que: STF efetivamente dá a última palavra (Ação Penal 470 - caso mensalão); STF reconhece que a última palavra cabe a instância decisória de outro poder (Rcl n.º 11.243/República Italiana - caso Cesare Battisti); STF reconhece que outros Tribunais dão a última palavra (RE n.º 456.689 AgR/SE53, o qual versou sobre a possibilidade de recebimento de pensão especial e benefício previdenciário acumulados por militar); a palavra final do STF é superada por pronunciamento de outro poder (RE n.º 233.332/RJ o qual versou sobre taxas de iluminação pública); STF não dá palavra alguma, seja por falta de provocação ou por falha do ordenamento jurídico (REsp n.º 1.415.033/RS78, onde a sentença que afastou a cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) que incide sobre atividades notariais e registras foi restabelecida devido à configuração de coisa julgada anteriormente ao pronunciamento do Tribunal local).

Demonstra-se, assim, a inexistência de monopólio da palavra final por parte de qualquer poder. O status de guardião da Constituição deve ser visualizado como potencial, sendo a atividade das demais instituições imprescindível à efetivação da pretendida palavra final – se é que ela efetivamente ocorrerá. A tarefa do STF, portanto, não tem condão exclusivo ou excludente.

Nesse enleio, debater a tese dos diálogos institucionais é imperativo. O Canadá, país que possui uma tradição jurídica e política conectada à inglesa (*common law*) e por consequência atenta ao princípio da supremacia do Parlamento, previu na Carta de Direitos de 1982 uma modalidade de controle de constitucionalidade que certificou o mencionado dialogo

institucional. Trata-se de um modelo dialógico de controle de constitucionalidade garantidor da possibilidade de existir uma resposta legislativa às decisões proferidas pela Suprema Corte. Cuida-se de uma resolução alternativa à dificuldade contramajoritária. (MARQUES; BARBOSA, 2017, p. 383). Permitindo-se o controle recíproco entre os poderes do Estado, viabiliza-se a correção de erros na hermenêutica constitucional, visto que todos os agentes estatais e potências públicas estão sujeitos a erro, inclusive o STF. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 146.)

Como cediço, o modelo brasileiro¹³, não comungando de referido modelo institucionalmente dialógico, é inspirado pelo modelo norte-americano de controle forte¹⁴ de constitucionalidade judicial. Para além da discussão restrita às instituições públicas, evidencie-se a capacidade participativa das potências públicas em matéria hermenêutica constitucional. Reconheça-se igualmente o constitucionalismo fora das cortes judiciais uma vez que:

[...] vital para a legitimação democrática constitucional. O cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar nos mais diversos espaços – no Judiciário e fora dele – pela leitura da Constituição, buscando aproximar as práticas constitucionais do seu ideário político e de suas utopias [...] A jurisdição constitucional é peça importante nas engrenagens do constitucionalismo democrático. No Brasil, o seu exercício tem contribuído para avanços significativos em campos fundamentais, com a proteção de minorias estigmatizadas, o respeito a valores republicanos e a preservação das regras do jogo democrático. Porém, não há solução para os problemas nacionais que não passe pelo resgate da política, seja na esfera institucional da atividade parlamentar, seja no campo informal das mobilizações da cidadania. Confiar na jurisdição constitucional como panaceia para os problemas nacionais é esperança vã. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 158-161)

Reconhecido isso, imperiosos os ensinamentos do jusfilósofo alemão Peter Häberle pela notoriedade de que a democratização da interpretação constitucional necessite ser de competência plural: não singular aos magistrados, a outros Poderes ou a outras instituições, mas própria de uma sociedade, dado que nomeadamente aberta.

¹³ “No Brasil, como se sabe, contamos com o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis desde o advento da República, quando, por influência de Rui Barbosa, se adotou o modelo norte-americano de judicial review. Ou seja, atribuiu-se a todos os juízes nacionais a possibilidade de realizarem, em casos concretos, o controle de constitucionalidade das leis (controle difuso e concreto). A partir da Emenda Constitucional 16/65, o modelo se tornou mais complexo, com a introdução do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, inspirado na matriz kelseniana, que passou a conviver lado a lado com o controle concreto e difuso, num sistema misto. O controle abstrato, todavia, não desempenhava papel relevante no sistema até a Constituição de 88, porque só podia ser deflagrado por iniciativa do Procurador-Geral da República, que, àquela época, era agente público livremente nomeado pelo Presidente da República e a ele politicamente subordinado” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 123)

¹⁴ A classificação “fraca” ou “forte” decorre do esforço a ser tomado pelo Legislativo no intento de rediscutir decisões judiciais proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Enquanto o modelo canadense seria fraco, visto que o legislador tem o condão de “re-promulgar” uma lei declarada inconstitucional, o modelo brasileiro é forte por partilhar dos ideais norte-americanos no qual se garante um controle de judicial robusto. (MARQUES, BARBOSA, 2017, p. 383-387)

Cuida-se de um texto do constitucionalismo contemporâneo intitulado “*Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*”. Consta nele a propositura de uma hermenêutica constitucional compatível com a consolidação de uma sociedade pluralista, a partir de uma revisão metodológica radical da visão jurídica convencional. Häberle (1997, p. 12) aduz que a Teoria da Interpretação Constitucional vinculou-se a um modelo de interpretação próprio de uma sociedade dita fechada, responsável pela concentração hermenêutica em favor dos juízes, respeitados os procedimentos inquestionavelmente institucionalizados. Ocorre, assim, a defesa de um modelo sociedade aberta, uma vez que a Constituição e a realidade constitucional devem ser observadas por uma teoria constitucional inclusiva.

Sendo impensável a interpretação da Constituição distanciada da participação das mencionadas potências públicas, o processo de formação e desenvolvimento posterior é essencialmente pluralista, porquanto coadunados a esse fenômeno o Estado e a sociedade. Os intérpretes jurídicos devem abranger, para além daqueles vinculados às corporações e inerentes ao processo constitucional, todas as potências públicas, grupos e cidadãos, aperfeiçoando-se impossível a configuração de um rol pré-definido, cerrado com *numerus clausus* de sujeitos vinculados à tarefa interpretativa. Afinal, “os critérios hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” sob a máxima de que “que vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la (HÄBERLE, 1997, p. 13-18).

Häberle (1997, p. 20-27) sugere um catálogo sistemático e temporário dos possíveis participantes da interpretação, sendo eles: 1) as funções estatais na decisão vinculante da Corte Constitucional e nos órgãos estatais com poder de decisão vinculantes, tais como jurisdição, órgão legislativo e órgão do Executivo; 2) os participantes do processo de decisão que não são necessariamente órgãos do Estado, especialmente o requerente/recorrente ou requerido/recorrido, participantes com direito a manifestar ou integrar à lide, pareceristas ou experts, peritos ou representantes de interesses nas audiências públicas, dentre outros; 3) a opinião pública democrática e pluralista assim como o processo político enquanto grandes estimuladores, especificamente a mídia – ainda que, em conotação estrita, a imprensa, rádio, televisão, enfim, componentes da mídia, não sejam participantes do processo –, os leitores dos meios informativos, os cidadãos, as associações, os partidos políticos, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, associações de pais; 4) a doutrina constitucional, cujo papel consiste em tematizar a participação de outras forças e, simultaneamente, ser participante nos diversos âmbitos.

Nesse sentido, o processo político tornar-se-ia instrumento necessário à interpretação constitucional e à mutação constitucional, viabilizando-se sua revisão e repudiando-se as noções já discutidas de “última palavra” (HÄBERLE, 1997, p. 20-23).

A principal crítica a essa formulação teórica é de que haveria a dissolução da interpretação constitucional, haja vista o repentino incremento ao rol de intérpretes validados. Entretanto, as forças pluralistas componentes encontram sua legitimidade no fato de que representam uma parcela da publicidade e da realidade constitucional, estando incluídos no quadro constitucional. Os sujeitos devem integrar a Constituição por constituírem-se forças sociais e privadas a ela integradas, na orientação haberliana (1997, p. 29-36) de que a Constituição é um espelho da publicidade e da realidade, ora a própria fonte de luz.

Noutra esteira, quando deparado com a crítica de que no Estado constitucional-democrático os cidadãos e grupos em geral não têm legitimidade democrática para interpretar a Constituição na noção estrita, Häberle (1997, p. 36-37) expõe que:

[...] a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições) até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades de realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.

Assim sendo, o conceito de povo, em sentido *lato*, reflete uma noção pluralista de interpretação, a qual legitimadora no processo constitucional nas mais diversas formas possíveis, conforme listado no catálogo sistemático provisório alhures transcrito, de modo a ser necessária a adoção de medidas que promovam a abertura pretendida. Ato contínuo, os direitos fundamentais parcialmente legitimam a interpretação aberta por sinal. Isso porque, “*na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição*” (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Como consequência, notória há de ser a relativização jurídica da hermenêutica constitucional. Häberle lista que: 1) o juiz não interpretará isolada e unilateralmente; 2) a esfera pública pluralista possuirá força normatizadora¹⁵, a notar que a Constituição seria compatível

¹⁵ Em referência à força normatizadora/normativa, há afinidade quanto aos ensinamentos de Häberle e Hesse, como aduziu Coelho (1998) no sentido de que “o que HESSE e HÄBERLE fizeram, ao fim e ao cabo, foi constitucionalizar os fatores reais de poder, no que se mostraram sensatos e competentes. O primeiro, pelo reconhecimento explícito de que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e que, por isso, a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização; o segundo, pela afirmação, como tantas outras de conteúdo semelhante, de que não apenas as instâncias oficiais, mas também

com a coisa pública; 3) a Constituição material, que antes não alcançava as Cortes Constitucionais, será desenvolvida pelos participantes do processo hermenêutico constitucional. Em suma, a sociedade aberta faz-se aberta e livre, na qual todos estão aptos a oferecerem alternativas à interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 41-43).

Aliás, mesmo que defenda a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional em detrimento da interpretação do legislador, o que motiva sua inclusão no rol heterogêneo de neoconstitucionalistas, Häberle, em atenção à sua postura ideológica por uma concepção pluralista, aberta e livre, propiciadora de uma interpretação constitucional democrática, não se coadunaria com a propensa atitude de juízes de agir conforme suas predisposições políticas e em detrimento do povo no sentido *lato* exposto. Daí se confirma a hipótese de que, de fato, o ativismo judicial, se configurado, colide com a teoria haberliana e vice-versa: são de naturezas opostas e se repelem.

Assim, é correta a afirmação de que o ativismo judicial corresponde a um entrave à democratização constitucional, especificadamente, à democratização da interpretação e jurisdição constitucionais, pois, se se democratiza o acesso aos sujeitos componentes da realidade normativa, a interpretação plural incorre na democratização do texto constitucional como um todo.

Dentre outras contribuições jurídicas ao ordenamento brasileiro, a teoria do pensamento de possibilidades, por sua vez, é uma maneira alternativa de contribuir com a interpretação constitucional, visto ser um modelo baseado na dúvida. Inexistindo pensamento absoluto, é imperativa a procura por formas alternativas que solucionem determinada questão. Ocorre, dessa forma, “*a análise aberta a diversos espectros de uma mesma questão. Não há apenas uma outra alternativa, mas ainda, uma terceira, uma quarta e, assim, sucessivamente*” (MENDES, 2016, p. 34).

Além disso, a Constituição democrática e pluralista constitui-se um “*compromisso de possibilidades*”, inviabilizando-se a imposição de formas fechadas e que restrinjam as coexistências passíveis de existência, tendo em vista que referida teoria constituiu-se técnica de interpretação constitucional em diversas decisões proferidas pelo STF, como atestado por Mendes (2016, p. 36-44). Notória a similaridade desta contribuição teórica com a anterior: ambas se fundamentam em ideais pluralistas e de noção “aberta”.

Também, a noção de dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada com o conceito que referido princípio possui no constitucionalismo pátrio, de modo que tanto a Lei

os demais agentes conformadores da realidade constitucional devem ser havidos como legítimos intérpretes da Constituição.”

Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, quanto a Constituição Federal de 1988, conforme Mendes (2016, p. 46-53), conferem à dignidade humana como fundamento basilar dos seus Estados Constitucionais.¹⁶

Ademais, Häberle discorre acerca da mutação constitucional, o denominador comum do neoconstitucionalismo. Toda lei interpretada possui duração temporal limitada, visto que, quando frente a novas experiências, haverá a conversão desta em uma nova norma. É introduzido o conceito de pós-compreensão, refletido como “o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende ‘normativamente’ uma dada norma” (MENDES, 2009, p. 16). Assim, o entendimento dos Tribunais não remanesce imutável. Mister ressaltar, porém, que a teoria da inconstitucionalidade superveniente não é admitida pelo STF: a ilegitimidade sempre se configurou, apesar de não identificada.

Mendes (2009, p. 19) expõe que há hipóteses de mutação constitucional ou de evolução na interpretação incidentes na própria jurisprudência consolidada. Para isso, o STF adotou a técnica de modulação dos efeitos da decisão.¹⁷ Como caso de mutação constitucional, tem-se o cancelamento do enunciado da Súmula n.º 394, que previa a competência da Corte no julgamento de agentes públicos com prerrogativa de foro mesmo que o inquérito ou a ação penal tivessem sido iniciados depois de o agente deixar o cargo.

Por derradeiro, outra importante contribuição de Häberle foi para a institucionalização da figura do Estado Constitucional Cooperativo, que corresponde a um Estado Constitucional referência para outros Estados Constitucionais, incorrendo em maior relevância ao papel dos direitos humanos e fundamentais. Há o enfraquecimento do interno em benefício ao externo; o Direito Comunitário adquire proeminência em detrimento do ordenamento jurídico provinciano. Mendes (2009, p. 25-31) compreende que o art. 4º da Constituição de 1988 representa uma opção do constituinte no sentido de integrar o Brasil aos demais órgãos supranacionais.

O próprio entendimento constitucional superveniente, conferido nos Recursos Extraordinários n.º 349.703 e n.º 466.343, responsável por conferir status supralegal aos

¹⁶ O aludido princípio é expresso no primeiro artigo de ambas as Constituições. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha preleciona, em seu art. 1, par. 1, que “a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”, enquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante, em seu artigo 1º, III, que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana”.

¹⁷ Versa o artigo 27 da Lei 9.868/99 que: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos na hierarquia normativa interna já é marca da essência que um Estado Constitucional Cooperativo possui, conforme consignado por Häberle, visto que outros países partilham dessa mesma posição.

Conclui Mendes quanto à importância da criação de uma ordem comunitária concernente a direitos humanos, significando a institucionalização de um direito constitucional latino-americano, ideais também decorrentes da teoria haberliana, perfazendo-se notória a influência de Peter Häberle no Constitucionalismo brasileiro e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Outros autores, para além de Häberle, também contribuíram para o debate aqui travado. Habermas, segundo Constantino (2012), defende o caráter controverso da jurisdição constitucional. Ele entende que a solução para o suposto déficit da atividade do legislador resolve-se com a ampliação dos canais participativos no interior das decisões judiciais e também da própria formação das leis, diferentemente do que se consolidou a partir da dita “jurisprudência de valores”.

Dessa forma, a circunstância jurisdicional demanda que os Tribunais devem agir com o intento de promover cidadania e não se revestirem e se apoderarem unisonamente da função jurisdicional. Aliás, destaca-se outro elemento da teoria procedimentalista habermasiana, qual seja, o de esfera pública, que, em decorrência das transformações estruturais da sociedade, é visualizada como uma “‘[...] órbita insubstituível de constituição democrática da opinião e da vontade coletivas [...]’ efetivando a ‘[...] mediação necessária entre a sociedade civil, de um lado, e o Estado e o Sistema político, de outro” conforme Leonardo Avritzer *apud* Andrade e Gaspardo (2018, p. 160). Referidos autores esclarecem que a dita sociedade civil, sendo formada pelos movimentos, organizações e associações, seria responsável por captar os ecos dos problemas sociais que ecoam nas esferas privadas e, dessa forma, condensá-los e transmiti-los à esfera pública política.

Referidas organizações deveriam se manter informais para que tal independência seja preservada, pois sua atuação será sempre indireta. Visa-se a transmissão dos anseios sociais através de mecanismos que alcancem os núcleos decisórios. Observando que poderia haver a exclusão de certos setores civis, Avritzer *apud* Andrade e Camargo (2018, p. 161) defende:

[...] o processo de inovação e consolidação de arranjos institucionais participativos no processo de redemocratização brasileira nos termos de construção de novas Esferas Públicas, favorecedoras da democracia na medida em que agregam características deliberativas capazes de fazer surgir no cenário político vozes e perspectivas antes sistematicamente excluídas destes círculos.

Além disso, é possível perceber que existem outras concretizações advindas da idealização de Esfera Pública para além da presença dos *amici curiae* nas audiências públicas. Citam os mencionados autores os Orçamentos Participativos (OP) em Belo Horizonte e Porto Alegre; e os Conselhos e as Conferências de Políticas Públicas, instituições responsáveis por partilhar o poder decisório entre a sociedade civil e representantes governamentais¹⁸, configurados estes como exemplos de arranjos deliberativos em atenção à fomentação participativa.

Não se constitui objeto da presente pesquisa o aprofundamento da teoria habermasiana e suas concretizações, contribuições essas aqui expostas de forma secundária e complementar para a compreensão de que o pluralismo não se restringe aos ensinamentos de Häberle.

São igualmente relevantes, na seara do pluralismo jurídico, as contribuições de Boaventura de Sousa Santos, que advoga pela superação do monismo jurídico. Eis a emergência teórica e prática de um novo comportamento jurídico preocupado em descentralizar para democratizar. As suas consequências, contudo, devem ser analisadas a fim de compreender o que tem efetivamente ocorrido, o que precisa ocorrer e o que carece de correção.

3 CONCRETIZAÇÕES DA TEORIA HABERLIANA: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como relatado, as críticas ao déficit de legitimidade democrática, levantadas contra o modelo brasileiro de jurisdição constitucional, poderiam ser amenizadas pela perspectiva inclusiva e participativa oferecida ao cidadão na resolução de conflitos que envolvam a Constituição e seus conteúdos fundamentais. (LEAL; GERVASONI, 2013, p. 98) Resta agora relatar se a teoria em solo pátrio foi materializada de forma profícua, pois Häberle propôs a institucionalização de formas gradativas de participação das potências públicas pluralistas no processo constitucional, notadamente audiências e intervenções.

A doutrina haberliana foi incorporada nos âmbitos acadêmico, legislativo e jurisprudencial em solo brasileiro. A Lei n.º 9.868/99 foi responsável por institucionalizar o *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira. A participação dos ditos amigos da corte, terceiros interessados na causa que ingressam processualmente e fornecem ao tribunal elementos e informações que melhor fundamentem a decisão dos magistrados, é presente tanto

¹⁸ Quanto às demais disposições acerca da mencionada cessão da possibilidade decisória em benefício à participação da sociedade, confira-se “O que é Conferência de Política Pública?” Ministério Público do Paraná. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1429.html>> Acesso em: 20/04/2020.

no controle abstrato de constitucionalidade quanto no controle incidental (MENDES, 2016, p. 33). Na exegese dos artigos 7º, § 2º e 9º, da supracitada Lei n.º 9.868/99, destaca-se que:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A lei da ADPF, Lei n.º 9.882/99, também teceu contribuições ao tema:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Posteriormente, da de um novo Código Processual Civil moderno e democrático (COUTO, SILVA, 2017, p. 260), o Código de Processo Civil de 2015 instruiu que:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já prescreve as competências e o procedimento necessário à convocação e à consequente realização das audiências, bem como quanto à sua transmissão à sociedade, consoante modificações efetuadas através da Emenda Regimental n.º 29, de 11 de fevereiro de 2009. Desse modo, a recepção de *amicus curiae* no âmbito processual constitucional foi garantida e regulada, porquanto seu

caráter pluralista e aberto confere um “*colorido diferenciado*”, nos dizeres de Mendes (2009, p. 8).

Todavia, há certas peculiaridades e objeções a serem destacadas. A mera disposição da Lei n.º 9.868/99 que ocorrerá “*o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria*” já obsta a participação de demais movimentos sociais, por exemplo, que possuem não informação técnica, mas a própria experiência de vida. Além disso, o julgador possui discricionariedade acerca de arquivamento ou juntada aos autos do processo sobre o que foi arguido nas audiências públicas. A faculdade conferida ao ministro de descartar ou ignorar as apresentações dos *amici curiae* é um risco potencial à participação democrática pretendida. (CORREA; BORGES; PINHÃO, 2019, p. 37)

A prática confirma o excesso de argumentos técnicos. Os despachos classificam os participantes como palestrantes; as audiências públicas são visualizadas como “*um local de reunião de diferentes manifestações orais que um local de diálogo ou de debate*”, e não uma “*democracia participativa e deliberativa*”. (CORREA; BORGES; PINHÃO, 2019, p. 40-41).

O *amicus curiae* no Brasil tem sido observado não como um “amigo da corte”, mas como um amigo da parte que possui interesse no conflito e atua no processo para convencer o julgador de seus interesses. Porém, no ponto de vista haberliano, o suposto equívoco de institucionalização não é incoerente, pois a manifestação de diversos setores civis sobre sua visão particular contribui para a democratização da interpretação constitucional.

Um aspecto positivo da realização das audiências públicas no Brasil é que elas funcionam como uma “*caixa de ressonância de questões moralmente sensíveis, fazendo com que certos debates alcancem grande público [...] ou seja, elas contribuem para pautar a agenda pública e possibilitam a elaboração de inputs para outros foros deliberativos*” (FRAGALE FILHO, 2016, p. 531).

Não obstante, o principal objetivo teórico não tem sido compatível com a prática. Zanotti e Coura (2016, p. 182), em análise aos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau à Reclamação n.º 4335 versando sobre a mutação constitucional ao artigo 52, inciso X da Constituição Federal, expressam que:

A autonomia pública resta claramente violada. A soberania popular é deslocada do processo judicial para o limbo e passa a ser utilizada de acordo com a estratégia de julgamento do magistrado, daí o caráter pragmatista do conteúdo dos votos. Com isso, os Ministros se tornam livres para analisar a constitucionalidade das normas do próprio Poder Constituinte e as normas constitucionais nada mais são do que uma estratégia, que pode ou não ser utilizada a depender da vontade do juiz. Com tal postura, o texto constitucional perde relevo, e a melhor interpretação é aquela preferida pela autoridade do Tribunal Constitucional.

Ferreira e Branco (2017, p. 175-184), em estudo quantitativo e qualitativo, analisaram que a atuação do *amicus curiae* é principalmente encontrada em ações diretas de inconstitucionalidade. Além disso, a efetividade teórica não é equivalente à efetividade prática: os juízes responsáveis pelo julgamento já se apresentam predispostos a certo entendimento, sobrevivendo às audiências com convencimento já consolidado sobre a causa. Em suma, os argumentos dos *amici curiae* não são devidamente considerados nas decisões:

Da tabela de resultados, se verifica que, no relatório, 62% dos acórdãos informaram o ingresso dos *amici curiae* no feito, mas somente 6% explicitaram os argumentos produzidos; por outro lado, 2,5% dos acórdãos registraram a presença de *amici curiae* no voto e em apenas 30% dos votos os seus argumentos foram considerados explicitamente. Os resultados demonstram que expressiva parcela das decisões do STF em processos de controle concentrado com participação de *amici curiae* não considera de forma explícita os argumentos por eles aventados – 94% dos relatórios e 70% dos votos¹⁹ (FERREIRA; BRANCO, 2017, p. 180)

Mais que isso, Sales e Campos (2017, p. 229) argumentam que, apesar de as audiências públicas se constituírem mecanismos de vontade democrática, constituem-se estas procedimentos formais que não propiciam a participação ativa da sociedade, vislumbrando um “fetiche”, no sentido de que:

[...] de uma forma geral, os ministros não assistem às audiências públicas quando estas acontecem, aproveitam o tempo em que os grupos estão com a palavra para analisar outros processos ou adiantar outros afazeres; os argumentos utilizados pelos que realizaram a sustentação oral apenas são levados em consideração para corroborar o entendimento já fixado pelo ministro em seu voto; os votos continuam baseados em doutrina estrangeira, com a repetição de julgados do próprio Tribunal, inúmeras citações e remissões a legislações diversas, com pouca ou até mesmo nenhuma referência aos debates levantados pela sustentação oral (como nos votos dos ministros Celso de Mello e Eros Grau no julgamento sobre a judicialização da saúde); e, certas vezes, o ministro, em seu voto, faz remissão não ao que foi dito pelos grupos na audiência, mas ao que o próprio ministro defendeu na oportunidade. (SALES; CAMPOS, 2017, p. 229-230)

A reflexão conclusiva é de que o Tribunal aproxima-se, assim, de uma parcela específica da sociedade, notadamente a científica e seus especialistas, inexistindo um mecanismo democrático de deliberação apto a possibilitar que os amplos segmentos civis possam contribuir com o debate constitucional no objetivo de expandi-lo. Dessa maneira, as audiências públicas com a participação de *amicus curiae* são significativamente importantes,

¹⁹ Nesta pesquisa, os referidos autores tiveram como enfoque a análise das ações com participação de *amicus curiae* no período compreendido entre 1990 e 2015., restringindo-se ao estudo de processos de controle concentrado. Ao final, foram objetos de investigação 120 acórdãos. (p. 181)

devendo ocorrer a superação das críticas e objeções assinaladas, em observância ao sentimento e natureza nacionais e em atenção ao seu contínuo aprimoramento e consequente evolução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou, dentre seus objetivos — gerais e específicos —, suscitar reflexões quanto à crise de representatividade assolada e intensificada por uma preocupante dinâmica travada entre os Poderes Republicanos brasileiros, dos quais resultam, cotidianamente, usurpação de competência, desgaste democrático e indignação popular. De fato, o ativismo judicial, assim como a judicialização da política, manifestam-se como obstáculos à democratização da jurisdição constitucional defendida.

A teoria haberliana, ao defender uma interpretação constitucional democrática, pluralista, aberta e livre, guarda desamonia com eventual comportamento ativista e excludente de juízes que segregam o debate e decidem com base em suas predisposições subjetivas. O ativismo judicial obsta a democratização da interpretação e jurisdição constitucionais, pois cerceia o debate e impede a participação hermenêutica dos membros de uma sociedade aberta e ativa. Isso porque a interpretação plural e participativa, construída por diversos segmentos sociais, democratiza o texto constitucional. Logo, ativismo judicial e teoria haberliana se colidem e se repelem.

Se da tensão observada entre a democracia em desalinho e a (in)contestável jurisdição constitucional desencadeiam-se efeitos lancinantes à noção liberal de Estado Democrático de Direito, faz-se urgente a busca por respostas adequadas à solução de um problema evidente. O pluralismo jurídico é resposta cabível. Dentro desse vasto campo, as contribuições haberlianas já foram sedimentadas no constitucionalismo e jurisprudência nacionais. As audiências públicas são a sua melhor materialização, ainda que distorcidas, excludentes e mal executadas na prática. Seu aprimoramento é imprescindível se se deseja sua substancial efetivação.

Reiterar o discurso de que o sistema deve preservar o instituto nos seus moldes atuais incide em silenciar as demais vozes da sociedade na configuração vigente. A vontade de Constituição democrática é ofuscada pelo senso comum formalista, conformado com a composição institucionalizada responsável por impossibilitar às potências públicas o acesso ao debate constitucional. O instituto tem potencial democratizante da jurisdição constitucional e possui efetividade contra o ativismo judicial se assertivamente configurado. Sendo assim, que seja de fato aprimorado se há intenção de ser um efetivo mecanismo democrático para além de eterno mecanismo de pretensão.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Cauê Ramos; GASPARD, Murilo. *Abertura constitucional e pluralismo democrático: a tensão na divisão dos poderes sob a ótica das instituições participativas*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [s.l.], v. 39, n. 78, p. 149-174, 18 jun. 2018. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n78p149>>. Acesso em: 19/04/2020.
- ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. *O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência da República, 2010.
- _____, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14/04/2020.
- _____, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (orgs.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BRASIL, República Federativa do. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/04/2020.
- _____, República Federativa do. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20/04/2020.
- _____, República Federativa do. *Lei n.º 9.868, de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 20/04/2020.
- _____, República Federativa do. *Lei n.º 9.882, de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 20/04/2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2004, n.23, pp.115-126. ISSN 0104-4478. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>>. Acesso em: 14/04/2020.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder*. Revista de Informação Legislativa, n.º 138, abril/junho 1998, p. 185-191.

CONSTANTINO, Alexandre Krüger. *Amicus curiae e democracia: uma abordagem crítica através de Habermas e Häberle*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFU, 21., 2012. Anais. Uberlândia: Ed. UFU, 2012.

CORREA, Andrey Lucas Macedo; BORGES, Alexandre Walmott; PINHÃO, Karina Guimarães. *A democracia nas audiências públicas em controle de constitucionalidade concentrado no Brasil*. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 22, n. 9, p. 29-49, 2019.

COUTO, Monica Bonetti; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Amicus curiae, modelo processual democrático e o Novo Código de Processo Civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 18, n. 3, p. 256-276, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/29311/22431>>. Acesso em: 20/04/2020.

DEMARCHI, Clóvis; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo*. Revista USCS - Direito. Ano XI, n. 18, jan/jun 2010.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números: nem amigo da corte, nem amigo da parte?* Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 169-185, 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Revista Direitos Culturais, v. 7, n. 12, p. 249-268, 2012.

FRAGALE Filho, Roberto. *Audiências Públicas e seu impacto no processo decisório: a ADPF 54 como estudo de caso*. Revista Direito & Praxis, 6(12), p. 504-535, 2015.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1997

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; GERVASONI, Tássia Aparecida. *Judicialização da política e ativismo judicial: a abertura do processo interpretativo da constituição como mecanismo de democratização da interpretação constitucional e de participação no tratamento de conflitos*. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 8, n. 14, p. 98-116, 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*. Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 14/04/2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Júlio César Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. *O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo?* In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2019, 10(3): 348-361

MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BARBOSA, Claudia Maria. *Diálogos Institucionais frente à pretensão de última palavra do STF: contribuições canadenses para o modelo brasileiro de interpretação constitucional*. Conpedi Law Review, Braga - Portugal, v. 3, n. 2, p. 376-393, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3790>. Acesso em: 19/04/2020.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=330266> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.330266>>. Acesso em: 16/04/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro*. Revista de Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, p. 30-56, 2016.

_____, Gilmar Ferreira. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, Ano 2, 2008/2009.

NEGRELLY, Leonardo. *O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza - CE dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. *Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista*. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 186-207, Dec 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552012000200009&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 18/04/2020.

SALES, Tainah Simões; CAMPOS, Juliana Cristiane Diniz. *A carência de efetiva participação da sociedade civil nas audiências públicas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro*. Conpedi Law Review, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 216-234, 2017

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SEPÚLVEDA, Antônio Guimarães; BARBOSA, Carolina Almeida. *O falacioso monopólio da última palavra*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1349-1369, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25249/21097>>. Acesso em: 19/04/2020.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Minimalismo, Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

_____, Alexandre Garrido da. *Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo*. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XV, Manaus, 2006. Anais.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão Da "Última Palavra" e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In: Revista Quaestio Iuris, v.6, n. 02, 2013, ISSN 1516-0351 p. 119-161.

VALLINDER, Torbjorn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995.

VIEIRA, Jorge Luiz Gonzaga; PLÁCIDO, Sarah França Mendonça; SANTOS, Sérgio Coutinho dos. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre cotas para afrodescendentes: um estudo de caso a partir do pluralismo jurídico*. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 12, n. 27, p. 125-148, 2017.

ZAINAGHI, Maria Cristina; COUTO, Mônica Bonetti. *Amicus curiae como garantidor do devido processo legal*. Conpedi Law Review, Oñati - Espanha, v. 2, n. 2, p. 101-119, 2016.

ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. *Mutação constitucional e a ampliação de poderes do (e pelo) Poder Judiciário: reflexões acerca dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na rcl n.º 4335*. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 173-185, 2016.

