

Direito, Política e Democracia Uma discussão acerca do problema da representatividade em sociedades pluralistas com o objetivo de assegurar a efetivação de direitos e garantias fundamentais a comunidades excluídas sem recair na politização do Judiciário – notas preliminares.

Carolina Grant^{1*}

Resumo

O objetivo do presente artigo é – partindo da constatação de um déficit histórico de representatividade democrática no contexto de uma sociedade pluralista, capaz de afetar, sobretudo, determinados segmentos sociais historicamente excluídos dos espaços decisórios –

¹ **Carolina Grant** – 9º Semestre do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da UFBA; atual Diretora de Projetos e Ex-presidente do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da FDUFBA (CEPEJ); pesquisadora nas áreas de Hermenêutica, Bioética e Direito Penal vinculada ao PIBIC-UFBA (2008-2012) e ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Atua junto à Justiça Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4779950361011799>.

abordar a relação entre Direito e Política no âmbito do Legislativo e do Judiciário, sob a ótica da necessidade de realização de um projeto democrático assumido pela Constituição Federal de 1988, isto é, de uma *democracia constitucional*, cuja concretização perpassa, necessariamente, pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Será defendida, nesse contexto, a tese da *judicialização da política*, em oposição à crescente *politização do Judiciário*, mediante a identificação de ambos os posicionamentos e justificação, teoricamente fundamentada, da tese advogada; bem como serão discutidos os eixos analíticos do *procedimentalismo* e do *substancialismo*, adotando-se o segundo, embora ressaltando-se as promissoras contribuições do primeiro, em termos de construção de um processo judicial mais participativo.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO; POLÍTICA; DEMOCRACIA; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Abstract

The purpose of this article is – based on the premise of an historic deficit of democratic representation in the context of a pluralistic society, able to affect mainly certain social groups historically excluded from decision-making areas – to address the relationship between law and policy in the legislative and judiciary, in light of the need to carry out a project undertaken by the democratic Constitution of 1988, that is, a constitutional democracy, which runs through achievement, necessarily, the enforcement of fundamental rights and guarantees. Will be defended in this context, the thesis of judicialization of politics as opposed to the increasing politicization of the judiciary, by identifying both the positioning and justification, grounded theory, the thesis lawyer, will be discussed as well as the axes of the analytical and the substantial proceduralism, adopting the second, although we point out the contributions of the first promising in terms of building a more participatory lawsuit.

KEY-WORDS: LAW; POLITICS; DEMOCRACY; FUNDAMENTAL RIGHTS.

Introdução

O conceito e a compreensão hodierna do fenômeno político-jurídico da Democracia têm sido tópicos recorrentes nas principais discussões publicistas (Direito Público, em geral, Direito Constitucional, Ciência Política, etc.) e jurídico-sociológicas dos últimos anos. O advento da Carta de 1988 conferiu nova roupagem a este cenário de discussões, sobretudo ao adotar o modelo do Estado Democrático de Direito, revestindo a ideia de Democracia de garantias e pautas constitucionais que assegurassem a sua real efetivação; dentre estas, encontram-se os tão debatidos direitos e garantias fundamentais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a tônica da efetivação do quanto previsto em seu texto, bem como acerca da aplicabilidade e eficácia de suas normas, tornou-se preocupação de inúmeros e renomados juristas em todo o país, sendo, até hoje, alvo de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. O tema da eficácia normativa e da efetivação dos direitos fundamentais, em específico, já passou por diversas etapas de debates, as quais, poderíamos afirmar em caráter ilustrativo, já foram da consideração destas normas como “conjunto de normas programáticas”, isto é, projeto ou programa diretivo para o Estado (com destaque para o Estado-legislador), representando uma visão utópica/romantizada, um ideal/horizonte a ser perquirido, até a elaboração de métodos “racionais” de concretização destes direitos, reconhecidos como normas (regras e princípios) dotadas de aplicabilidade como todas as demais.

Nesse contexto, uma das dicotomias mais aguçadas e sempre atual, sempre em discussão acerca do adimplemento tanto do que se compreende por Estado Democrático quanto dos Direitos e Garantias Fundamentais, diz respeito aos eixos analíticos do *procedimentalismo* e do *substancialismo*, a serem examinados *infra*. Esta divisão de pontos de vista, capaz de afetar toda a compreensão de Democracia e da relação entre Direito e Política, tem colocado em lados praticamente opostos juristas como Jürgen Habermas (procedimentalista), Robert Alexy e Ronald Dworkin (substancialistas), valendo ressaltar, aqui, que estes dois últimos ainda se distanciam quanto ao seu entendimento pessoal do substancialismo e na forma de desenvolvê-lo.

Foi justamente o debate acerca da tensa e, em alguns casos, conflituosa, repleta de subterfúgios, relação entre Direito e Política que motivou a elaboração do presente artigo, que visa a discutir essa relação nas esferas Legislativa e Judiciária, a *judiciarização da política* em contraposição à temerária *politização do Judiciário* brasileiro, e o acesso à justiça em termos de efetivação de direitos e garantias fundamentais por parte de minorias excluídas dos espaços e processos decisórios, sobretudo em face do panorama apresentado por uma sociedade plural, complexa e dinâmica, marcada pela diversidade, pela coletivização das demandas judiciais, pelos conflitos sociais e pela dificuldade em se falar de representatividade tanto política, quanto jurídica deste pluralismo multifacetário e cada vez mais demandante, característico da sociedade brasileira.

2. Direito e Política no Legislativo – o problema da representatividade em sociedades pluralistas e a razão comunicativa habermasiana

Um dos elementos centrais da discussão entre Direito e Política, que, inclusive, tem conduzido a uma constante revisão do papel do Judiciário na efetivação da Democracia e do modelo de Estado Democrático de Direito, é a questão da *representatividade* em uma sociedade marcada pelo pluralismo e pela diversidade sociocultural.

Democracia e representatividade são conceitos indiscutivelmente imbricados, sobretudo nos atuais modelos de Democracia Representativa (parlamentar ou presidencial), já que a Democracia Direta corresponde a um sonho não realizado, em sua melhor forma (ideal), nem mesmo nas praças gregas da antiguidade clássica (posto que já no conceito de “cidadão” se excluía mais da metade da população da *polis* grega). Para realizar uma análise de como se tem dado a correlação entre esses dois *topoi* da sociedade contemporânea, antes de adentrar na seara do procedimentalismo *versus* substancialismo, bem como da politização do Judiciário *versus* judiciarização da política, partiremos das considerações travadas pela dupla Fernando Armando Ribeiro e Jacqueline Passos Sil-

veira² e do cotejo dos posicionamentos dos autores Carl Schmitt, Hans Kelsen, Chantal Mouffe e Jürgen Habermas.

A princípio, Ribeiro e Silveira ressaltam o que acabamos de asseverar *supra*: a marca da democracia moderna encontra-se numa “*fórmula de transferência ou delegação de poder*”, concebida para viabilizar o ideário compreendido no próprio significado terminológico de *democracia = governo (cracia) do povo (demo)*, isto é, de governo de todos para todos, de soberania popular, mesmo que a fórmula abstrata acabe, na prática, encobrendo os conflitos inerentes aos agrupamentos humanos cada vez mais plurais, formado por diversidades também crescentemente visíveis e demandantes. O modelo de Estado Democrático de Direito passa a alicerçar-se, então, sobre o princípio de “*legitimidade legal-racional do poder*”.

Não obstante, esse processo de legitimação fundado na legalidade-racionalidade, embora constitua condição necessária para a existência do *Estado de Direito*, não pode ser assumido como *suficiente* para a existência da *democracia*. Seria imperioso assegurar, ademais, a participação, a ingerência dos interesses sociais, multifacetários, na realização do regime democrático, evidenciando a sua faceta formal (legal-racional), porém legitimada socialmente de modo participativo³.

A partir dos pressupostos lançados *supra*, seria possível promover uma reflexão crítica acerca do modelo de democracia representativa em cenários pluralistas. Para tanto, invocam-se as construções teóricas do jurista alemão Carl Schmitt, o qual tem empreendido uma avaliação crítica da democracia liberal. Neste ponto, destacam Ribeiro e Silveira que uma das teses fundamentais do aludido publicista é a de que a articulação entre democracia e liberalismo teria levado a um regime híbrido

2 RIBEIRO, Fernando Armando; SILVEIRA, Jacqueline Passos. **Pluralismo, Identidade e Representação Democrática**. In: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 69-85.

3 Como destaca Chantal Mouffe, o elemento democrático é instituto do qual temos ainda uma noção bem pouco precisa, visto que o significante “democracia” tem funcionado como horizonte imaginário no qual se inscrevem reivindicações bem díspares, e o consenso para o qual parece apontar pode não passar de uma ilusão. **Todavia, a busca pelo consenso e a abertura ao diálogo parecem ser apanágios inarredáveis dos projetos de Democracia.** (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 71 - grifo nosso).

e inviável, na medida em que restaria marcado pela união de dois postulados políticos sobremaneira heterogêneos⁴.

Carl Schmitt⁵ compreende a democracia enquanto identidade da lei com a vontade popular, realizada mediante a identidade também entre governantes e governados. Não seria possível, com efeito, reduzir-se esta vontade do povo a “formas” ou “procedimentos”, uma vez que o que deve prevalecer é a sua manifestação real, concreta, e não um substitutivo procedimental-formalista que pode vir, até mesmo, a contradizê-la. Os liberais, em contrapartida, buscam fundamentar a legitimidade do sistema parlamentar na discussão pública, assumida enquanto meio idôneo à construção da “verdade” através do processo dialético de opiniões.

Hans Kelsen⁶, dentre outros juristas que seguem a mesma linha, adota visão oposta. Em sua concepção, a pedra de toque a justificar a democracia representativa seria, justamente, a percepção de que não se pode alcançar uma só verdade, nem uma pretensa homogeneidade substancial. Para Kelsen, “*não se pode duvidar seriamente que o parlamentarismo não seja a única forma real possível em que possa realizar-se, na realidade social hodierna, a ideia de democracia*”⁷.

Isto é, enquanto para Schmitt não existe Estado sem unidade política, sendo esta última a sua preocupação primordial⁸, para Kelsen estaria muito clara a impossibilidade real em almejar-se esta unidade, inclusive de caráter potencialmente totalitário, como frisa a dupla de autores brasileiros ora em discussão, sobretudo se considerada como elemento indispensável à constituição do Estado nos termos então delineados.

4 SCHMITT, Carl. **Roman catolicismo and political form**. [Trad.] G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996, pp. 03-28.

5 SCHMITT, Carl. Op. cit., pp. 41-46.

6 KELSEN, Hans. **A democracia**. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 112.

7 [...] Por intermédio do “compromisso parlamentar” e da aplicação do “princípio da maioria”, busca-se alcançar o compromisso, única forma de integração social. Na visão kelseniana, trata-se de um procedimento dialético que permite tornar possível um debate público no qual os diferentes e múltiplos interesses estejam representados de maneira tal que seja possível obter um “caminho intermediário” entre os interesses contrapostos, uma alternativa, uma “tolerância recíproca”, que compatibilize os diversos pontos de vista em lugar de separá-los (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., pp. 69-85).

8 SCHMITT, Carl. Op. cit., pp. 26-37.

Chantal Mouffe⁹ retoma a crítica de Schmitt à democracia representativa, problematizando um de seus pilares, o da identidade entre governantes e governados, para constatar que o que existe é uma democracia *possível*, nunca *ideal ou absoluta*, pois a compreensão de democracia contemporânea parte da premissa de que este modelo político sustenta-se na tensão entre interesses, convergências e divergências, as quais nunca se extinguirão, tornando-se, pois, complementares as lógicas da identidade e da diferença¹⁰.

Eis delineada a marca indelével da complexidade e a aporia característica do regime democrático: ao mesmo tempo em que a total identidade entre governantes e governados representaria a negação da própria democracia, esta demanda, para a sua configuração e legitimidade, que haja tal identificação. É justamente o *como*, o limiar entre as duas nuances explicitadas (identidade e não identidade total de interesses) que passa a ser uma grande preocupação a ser analisada e discutida.

Ribeiro e Silveira propõem uma solução para este impasse mediante o recurso à *teoria do discurso habermasiana* (agir comunicativo), conforme examinaremos a seguir.

Preliminarmente, afirma a dupla que, justamente por fundar-se em conflitos e tensões entre interesses divergentes legítimos, o regime democrático não pode furtar-se à necessidade de enfrentar de maneira

9 MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Menelick de Carvalho Netto [Trad.]. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, 1994, pp. 91-107.

10 Senão, vejamos o que dizem Ribeiro e Silveira: Chantal Mouffe (1994) resgata as contribuições e aporias de Schmitt para investigar o porquê de, ao contrário do que supunha aquele autor, a democracia representativa ter sobrevivido aos regimes totalitários do século XX, a partir da problematização de uma de suas ideias centrais: a de que a democracia pode ser definida como a identidade entre governantes e governados. Schmitt é capaz de perceber os riscos de privatização do espaço público, **mas, por entender as diferenças como algo que ameaça a identidade política, acaba também colocando em cheque elementos fundamentais ao projeto democrático**. Diante disso, a provocação de Chantal é a seguinte: em que sentido, nas condições modernas, aquela afirmação poderia adquirir um significado para se manter atual e, ao mesmo tempo, lidar com os sempre presentes riscos de arbitrariedade? [...] **Para Chantal, a democracia pluralista moderna se desenvolve a partir de uma tradição. Ela admite a impossibilidade de uma visão única de bem comum e de verdade total, universal**, e, em suas palavras, “abandonando a ilusão racionalista de uma fórmula através da qual os diferentes fins do homem poderiam ser harmonizados” (MOUFFE, Op. cit., p. 103, *apud* RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., pp. 74-75 - grifo nosso).

eficaz tais divergências e, nesse contexto, não poderá prescindir da busca pelo consenso, tornando-se o Direito, pois, mecanismo preferencial de solução, ainda que provisória. Buscam, então, os autores fundamento na teoria discursiva habermasiana, a qual consideram representar a “*alternativa moderna para o tratamento dos conflitos por meio de procedimentos imparciais que garantam aos afetados condições para a formação democrática da vontade, nos quais os direitos fundamentais representam a institucionalização jurídica das condições discursivas da prática de autolegislação*”¹¹.

Ou seja, o Direito, enquanto mecanismo assecuratório da formação democrática de consensos através da previsão de garantias constitucionais nesse sentido, garante a resolução dos conflitos sem, contudo, extingui-los ou eliminá-los (o que não seria possível em uma sociedade plural e complexa, tal qual ressaltamos em crítica à concepção de C. Schmitt). O que se verifica é a *estabilização* destes conflitos, uma vez que as decisões judiciais correspondem a consensos provisórios, conforme preceitua Habermas que um consenso deve ser, posto que em constante dialética (tese, antítese, síntese). Tais decisões podem ser revistas e modificadas, embora de modo exaustivamente fundamentado, vencendo o melhor argumento (racionalidade argumentativa).

A pretensão de atingir o consenso, portanto, não consubstancia uma negativa do Direito à existência permanente de conflitos, afinal, não se poderia almejar o consenso sem a identificação de dissensos. Consenso e dissenso correspondem a lados indissociáveis da mesma moeda, não podendo existir o primeiro sem o segundo, bem como remanescendo apenas o caos na permanência do segundo sem o primeiro. O Direito adota, nesse diapasão, uma postura propositiva em relação aos desafios delineados pela sociologia sob um viés descritivo. Diante de tudo quanto foi explanado, a teoria discursiva de Habermas apareceria, para os autores em destaque, como uma “*perspectiva menos desoladora que a apresentada por Mouffe*”, uma vez que mostra caminhos ao desenvolvimento de alternativas funcionais capazes de lidar com os conflitos sociais, mantendo as tensões que lhes são inerentes, argumentativamente.

11 RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 77.

A soberania popular, com efeito, não seria plenamente contemplada com a mera representação formal no Parlamento, tal qual defendia Kelsen, na medida em que só adquire real significado se estiver próxima à vontade emanada e construída em centros/fóruns coletivos, inclusive informais. Para que se concretize, este modelo de soberania necessita materializar-se em uma representação sensível aos temas e contribuições da esfera pública, encontrando-se, ainda, submetida ao controle da população e à responsabilização pelos atos praticados¹².

Ao retornar-se, após longa digressão, ao início deste tópico, seria possível afirmar que o problema da plena realização da democracia constitucional (conceito que será alvo de discussão *infra*) no âmbito da *esfera legislativa* seria, sobretudo, um problema de *representatividade* em face de uma sociedade pluralista, o qual não se encontra plenamente resolvido através de artifícios meramente formais de delegação de poder (legitimidade legal-racional), nem na pretensão de identidade total entre governantes e governados (C. Schmitt), mas pode buscar solução na teoria habermasiana do agir comunicativo; isto é, na construção de verdades consensuais mediante o recurso a uma racionalidade discursivo-argumentativa e participativa, em que os mais variados setores e segmentos sociais teriam condições de participar da construção dialética e dialógica dos consensos assim atingidos, dos quais resulta, inclusive, o Direito, compreendido enquanto mecanismo de solução de conflitos nos moldes suprarreferidos.

Se partirmos de uma noção primária e consensual do que se compreende por *política*, remetendo-se à sua origem terminológica grega¹³ –

12 A soberania popular na teoria discursiva habermasiana não parte de representações concretistas do povo unido e dissolve a visão de povo como uma entidade homogênea. Não se trata, porém, de simplesmente captar as manifestações de diferenças. Os fluxos de opiniões e pontos de vista são diversos e divergentes e demandam um tratamento no sentido de articulá-los, problematizá-los, para construir opiniões e vontades públicas. É isso que alimenta a suposição contrafactual de participação dos destinatários no processo de formulação do Direito e dá curso à necessidade de coexistência equitativa entre os diferentes projetos de vida. E se toda essa diversidade de pontos de vista deve formar o poder comunicativo mesmo que nem todos possam se reunir para esse exercício, a saída é a representação popular, desde que sensível às demandas sociais e sujeita a controles. (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 79 - grifo nosso).

13 A palavra tem origem nos tempos em que os gregos estavam organizados em cidades-estado chamadas “*polis*”, nome do qual se derivaram palavras como “*politikê*” (política em geral) e “*politikós*” (dos cidadãos, pertencente aos cidadãos), que se estenderam ao latim “*politicus*”

isto é, enquanto composição do poder voltada ao exercício da soberania e destinada a promover o bem comum no espaço em que se encontra um determinado agrupamento humano organizado (*comunidade – polis*) –, torna-se possível asseverar, também, que o ambiente legislativo é um espaço essencialmente político, posto que voltado ao exercício de umas das funções do Estado (poder uno tripartite) mediante a adoção do princípio majoritário e legitimado, por sua vez, na noção já discutida de representatividade (delegação do poder em um contexto em que o exercício direto da democracia não é viável, sendo o Parlamento a versão contemporânea da *ágora* grega).

Os limites entre *Direito e Política no Legislativo* afiguram-se, portanto, extremamente tênues, podendo-se dizer que há, inclusive, um indissolúvel imbricamento. O Direito, em sua gênese jurídico-dogmática, é político, posto que fruto de decisões políticas. As razões, as motivações, de sua criação provêm de origens as mais diversas: política (*stricto sensu*), moral, social, cultural, religiosa, ambiental, etc., não necessariamente jurídicas.

Neste espaço político-democrático, a grande dificuldade encontrada pelos segmentos historicamente marginalizados (negros, mulheres, homoafetivos, movimentos sociais em geral, dentre outros) ou qualquer outra minoria não representada politicamente é, justamente, de *representatividade*, o que repercutirá na (não) densificação de seus direitos e garantias (alguns já assegurados constitucionalmente).

A razão comunicativa habermasiana, aqui, promove significativo avanço, ao ressaltar a necessidade quanto à construção a mais dialógica e dialética possível dos consensos. Antes de prosseguirmos, contudo, esclareçamos um pouco mais acerca do que consiste essa *teoria do discurso*, do *agir comunicativo*, do jurista alemão Jürgen Habermas.

e chegaram às línguas europeias modernas através do francês “*politique*” que, em 1265, já era definida nesse idioma como “ciência do governo dos Estados”. O termo política é derivado do grego antigo πολιτεία (*politeía*), que indicava todos os procedimentos relativos à pólis, ou cidade-Estado. Por extensão, poderia significar tanto cidade-Estado quanto sociedade, comunidade, coletividade e outras definições referentes à vida urbana. (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: UnB, 2002. 2º V).

Bárbara Freitag, em sua obra “A Teoria Crítica: Ontem e Hoje”¹⁴, esclarece que as reflexões iniciadas no confronto entre a razão sistêmica de Luhmann e a razão comunicativa de Habermas (quando da elaboração da obra conjunta “Teoria da Sociedade ou Tecnologia Social”) foram retomadas por Habermas na sua “Teoria da Ação Comunicativa”, em que se propõe uma virada paradigmática a suplantar o paradigma da filosofia da consciência (a ser discutido *infra*), defendida por Horkheimer e Adorno, em favor de uma teoria da intersubjetividade comunicativa. Freitag sintetiza, de maneira bastante didática e elucidativa, a razão comunicativa habermasiana nos seguintes moldes: “A concepção de uma razão comunicativa implica a mudança radical de paradigma, em que a razão passa a ser implementada socialmente no processo de interação dialógica dos atores envolvidos em uma mesma situação”¹⁵.

O próprio Habermas indica, na linha do que expõem Ribeiro e Silveira na defesa da teoria do discurso habermasiano como mecanismo de efetivação da moderna soberania popular¹⁶, que: “a teoria do discurso

14 FREITAG, Barbara. A teoria crítica: ontem e hoje. 1ª reimpr. da 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

15 E explica, ainda, que: a razão comunicativa se constitui socialmente nas interações espontâneas, mas adquire maior rigor através do que Habermas chama de *discurso*. Na ação comunicativa, cada interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa de que seu interlocutor possa, se assim o quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada [...], isto é, argumentativa. É nisso que consiste a *racionalidade* para Habermas: não uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado, mas um *procedimento argumentativo* pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade. Tanto no diálogo cotidiano quanto no discurso, todas as verdades anteriormente consideradas válidas e inabaláveis podem ser questionadas; todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados; todas as relações sociais são consideradas resultado de uma negociação na qual *se busca o consenso e se respeita a reciprocidade*, fundados no melhor argumento. [...]. (FREITAG, Barbara, Op. cit., pp. 59-60 - *grifo da autora e grifo nosso*).

16 Trata-se de uma busca que procura encontrar o equilíbrio entre a democracia concebida como um conjunto de procedimentos necessários para o tratamento da pluralidade e a democracia como identificação com os valores que permitem justamente dar forma a um modo particular de coexistência. Este parece ser mesmo um dos méritos do pensamento de Habermas, ao realizar um trabalho de reinterpretação tanto da soberania popular lastreada em valores éticos homogeneizados, tal como proposta pelo republicanismo, quanto também dos direitos liberais, vistos como meros direitos subjetivos limitados pelos direitos subjetivos de outrem. Quanto ao primeiro, ver-se-á a soberania popular, tal como proposta pelo republicanismo, não mais como interesses éticos pressupostos em determinada comunidade, mas como o resultado de discursos de autores que agem comunicativamente, tendo em vista que chegaram a princípios intersubjetivamente partilhados. Quanto aos direitos fundamentais liberais, estes devem ser vistos como direitos a iguais liberdades subjetivas de participação nas deliberações

acolhe elementos de ambos os lados [republicanismo e liberalismo] e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de autoentendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística”¹⁷.

Não obstante o avanço representado por uma teoria que aparenta resolver o conflito entre a impossibilidade de uma unidade valorativa absoluta (unidade de interesses) e a necessidade de ingerência dos mais variados interesses sociais no exercício da soberania popular mediante procedimentos democráticos, seria possível questionar, mesmo numa esfera predominantemente política (frisando-se, aqui, não estarmos a analisar, ainda, as demais implicações jurídicas do fenômeno), um ponto frágil da teoria habermasiana, acerca do qual também não iremos nos delongar (posto que não é este o objeto central do presente estudo), qual seja: as condições ideais do discurso para a formação do consenso construído pela racionalidade argumentativa.

A noção de processo dialético, dialógico e participativo de construção do consenso habermasiano parte do pressuposto de que, de fato, todos terão *iguais condições* de questionar o que está posto e sugerir novas formas, caminhos e argumentos para a edificação de novos consensos e assim sucessivamente. Infelizmente, este ideal (em si problemático, sobretudo no que tange ao chamado “grau zero” – cf. Lenio Luiz Streck, em “Verdade e Consenso”, sobre o assunto) está longe de ser alcançado, sobretudo em países de terceiro mundo, marcados pela reiterada exclusão das minorias dos espaços públicos de decisão.

públicas, e na coexistência equitativa das diversas formas de vida em igualdade de direitos. (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 78).

17 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 286.

Fica, contudo, o reconhecimento das propostas oriundas da tese de Habermas para o problema por nós levantado da representatividade na esfera legislativa. Passemos, pois, à abordagem da relação entre *Direito e Política no âmbito do Judiciário*.

3. Direito e Política no Judiciário – antagonismos necessários: judicialização da política versus politização do Judiciário; procedimentalismo versus substancialismo

O déficit de representatividade do Legislativo, umas das principais causas da “politização do Judiciário”, encontra-se inserido em um cenário nacional de crise geral das instituições, a qual leva a uma inevitável crise, também, do Judiciário. A relação entre Direito e Política, no Judiciário brasileiro, não se dá, pois, nem pode ser objeto de estudo, de forma descontextualizada.

Dierle Nunes traça os contornos da crise institucional brasileira, ao afirmar que estamos diante de “*uma democracia representativa em crise que conta com um Parlamento sem agenda. Um executivo que não promove as políticas públicas necessárias para a garantia dos direitos fundamentais; [...] [preocupando-se] apenas com a tentativa de redivisão de renda, mas não com a consecução do projeto constitucional de 1988 e de políticas de consolidação de direitos fundamentais. [...]*”¹⁸.

Ou seja, se o Poder Judiciário passa a interferir – de forma mais incisiva, para não dizer, ainda, política – na efetivação de direitos e garantias fundamentais, tal se dá em grande medida porque as demais esferas não têm realizado a contento as suas respectivas funções, seja no âmbito da densificação normativa e regularização voltada à eficaz implementação destes direitos (Legislativo), seja na execução de políticas públicas e ações concretas destinadas a promovê-los. No modelo tripartite do exercício do poder estatal, havendo falha de uma das funções, tem lugar uma “compensação sistêmica”. Esta “compensação” tem se dado pelo Judiciário, na tentativa de minimizar os impactos

18 NUNES, Dierle. *Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações*. In: *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 31-49.

de uma democracia representativa deficitária, em eterna dívida com diversos setores da sociedade¹⁹.

De um lado da questão ora debatida, temos a corrente doutrinária favorável a um *ativismo judicial*, capaz de retirar da obscuridade estes setores sociais marginalizados, conferindo-lhes o seu direito face ao silêncio e à inércia do Legislativo e do Executivo, e, de outro, os partidários de uma concepção de autorrestricção (*self restraint*), isto é, *minimalistas*. Nesse contexto de discussão insere-se, ainda, a perspectiva da Litigância de Interesse Público (*Public Interest Litigation*), capaz de promover, pela via judicial, verdadeiras transformações sociais. Cada uma destas abordagens deve ser levada em consideração para se ter uma percepção mais completa do problema, sem recair-se em extremismos, afinal, como afirma Nunes, “seria reducionista se abordássemos a questão a partir do diálogo entre os defensores de um ativismo judicial ou daqueles “partidários” de uma concepção de autorrestricção (*self restraint*) – *minimalistas*”²⁰.

Ou seja, se, por um lado, discordamos daqueles que acreditam na capacidade do juiz, indivíduo solitário, fazer justiça social “com uma canetada” (juiz “virtuoso”), de outro também não podemos ignorar

19 Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito - *em que o Direito deve ser visto como um instrumento de transformação social* -, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro – e a dogmática jurídica que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade [...]. *não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem - em face da emergência de um novo modo de produção do Direito representado pelo Estado Democrático de Direito - desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito* [...]. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33 - grifo do autor).

20 E segue explicando a sua afirmação: **Isto, pois, ambas as concepções, vistas de modo extremo, podem conduzir a uma credulidade nas virtudes do decisor solipsista (Poder Judiciário), na primeira hipótese, ou reduzir o papel da esfera processual e judicial na busca de direitos fundamentais não ofertados aos cidadãos, na segunda abordagem.** Também seria uma abordagem limitada se abordássemos a polêmica sob a ótica da denominada Litigância de Interesse Público (*Public Interest Litigation*), como vem sendo feito em inúmeros países a partir do trabalho de 1976 do professor Abram Chayes (1976), na *Harvard Law School*, no qual este se referia à prática dos advogados nos Estados Unidos que procuravam precipitar a mudança social através da propositura de demandas que envolviam a reestruturação de instituições importantes do governo, incluindo escolas públicas, hospitais de saúde mental, postos de saúde e prisões, afetando milhares de pessoas (HERSHKOFF). (NUNES, Op. cit., p. 32 – grifo nosso).

o papel deste mesmo juiz na efetivação de direitos e garantias constitucionais, no exercício de uma atividade que necessita estar em consonância com a realidade circundante e não mais alienada, tratando todos os conflitos e demandas sob a lógica individualista (*modelo de produção liberal-individualista-normativista* do Direito, identificado e combatido por Lenio Streck²¹) e abstrata (*astúcia da razão dogmática* de Tércio Sampaio Ferraz Jr.²²), idealizada para resolver os conflitos entre Caio e Tício, não entre setores sociais, comunidades inteiras, em demandas coletivas.

Ainda em termos de delineamento da situação-problema ora enfrentada (discussão acerca dos limites na relação entre direito e política na esfera judicial, crise das instituições e politização do Judiciário tida como desfuncionalidade e crise, também, desta instância), Canotilho observa que os debates acerca do tema “*tribunais e justiça*” têm sido travados muito mais do ponto de vista da ciência política e da sociologia política do que sob o prisma jurídico.

Nesse sentido, afirma que: “[...] o olhar analítico-sociológico concentra-se, por um lado, no interior dos esquemas organizatórios dos tribunais, nos processos decisórios da magistratura, nas origens sociais dos magistrados, nos quadros políticos e sociais de referência dos actores judiciários. Por outro lado, as dimensões externas conduzem os estudiosos a dar o devido relevo aos esquemas relacionais das magistraturas com as instituições políticas e sociais e às implicações políticas do exercício da função judicial. Não falta mesmo o ecological approach a descobrir o filão institucional das políticas públicas onde o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos [...]”²³. Isto é, a ciência política e a sociologia têm constatado e descrito o problema,

21 STRECK, Lenio. Op. cit.

22 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Judicialismo e Política – Tópicos para uma Intervenção*. In: *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 140-141.

que, contudo, não pode ser assumido como fato irreversível, mas, sim, analisado e discutido de maneira propositiva.

Canotilho fala, então, em *judicialização da política* – a ser defendida por nós neste ponto, em oposição à *politização do Judiciário* –, na medida em que se tem promovido uma ampliação do raio de ação dos tribunais e juízes (autorizada pelo próprio texto constitucional). A solução para evitar a politização excessiva do Judiciário seria, pois, um recurso à necessidade imperiosa de fundamentação *jurídica (não moral ou política)* das decisões judiciais, fundada em regras e princípios jurídico-constitucionais; isto é, construir-se o direito para o caso concreto, atribuindo-o ao seu titular (sujeito postulatório individual ou coletivo) sem exclusões ou subterfúgios, mediante uma construção argumentativa lastreada em *argumentos de princípio* e não *de política*, no sentido bem definido por Ronald Dworkin²⁴, conforme se verá a seguir²⁵.

Afirma, ainda, o grande jurista português, que o Judiciário faz política quando “*se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade. O juiz guardião dos direitos e o juiz que realiza objetivos moralmente justos representam hoje, com efeito, os arquétipos de ruptura relativamente ao modelo jacobino de juiz executor, passivamente fiel à vontade do legislador (“a boca que prenuncia as palavras da lei”) ou de juiz declarativo [em que ocorreria uma “esterilização política da magistratura”]*”²⁶. Ou seja, para Canotilho, seria legítimo ao Judiciário “fazer política”, hoje, num cenário em que não cabe mais ao juiz dizer-se “boca da lei”; isto é, em que compete ao Judiciário agir contramajoritariamente, realizando a constituição, os valores fundamentais nela consubstanciados, em favor daqueles reiteradamente excluídos,

24 Cf. SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

25 [...] É óbvio que o processo de judicialização nos leva ao problema de fundo da presente intervenção: qual o papel e a legitimidade política dos tribunais nos sistemas democráticos? *À míngua de ferramentas teóricas e metodológicas para acompanhar os juízes nos terrenos políticos, outro remédio não temos senão afivelar a máscara de jurista constitucional e captar nas estruturas normativas e na aplicação-concretização de regras e princípios jurídico-constitucionais a interdependência e independência dos poderes do estado. [...]*. (CANOTILHO, Op. cit., p. 141 – grifo do autor).

26 CANOTILHO, Op. cit., p. 143 – grifo do autor.

marginalizados e calados pelas maiorias contraditoriamente “antidemocráticas” (ditaduras da maioria).

Dierle Nunes²⁷ também reconhece que a *litigância do interesse público* tem assumido uma utilização tipicamente contramajoritária, conferindo espaço a grupos marginalizados, pobres e vulneráveis, para o adimplemento de seus direitos pela via processual.

Lenio Streck²⁸, ao seu turno, assevera que o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Carta Constitucional de 1988 está indissociavelmente relacionado à realização dos direitos fundamentais. Estaríamos, aqui, diante um modelo estatal que representaria um passo além da etapa relativa ao Estado Social, quando se diz *democrático* e *de direito*, tendo assumido uma Constituição que estabelece pautas para concretizar, efetivamente, esta opção pela democracia²⁹.

E aqui cabe uma pausa reflexiva justamente acerca da opção por uma *democracia constitucional*, afirmada por nós no início deste trabalho.

Luís Roberto Barroso³⁰ esclarece que a noção de Estado Democrático de Direito consagrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 representa a síntese histórica de dois conceitos que, embora recorrentemente utilizados de forma quase que indissociável, não se confundem, quais sejam: constitucionalismo e democracia. *Constitucionalismo cor-*

27 NUNES, Dierle. Op. cit.

28 STRECK, Lenio. Op. cit.

29 O conceito de Estado Democrático de Direito aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) [...]. O Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdade e liberdades. Assim, para Diaz, *o qualificativo “democrático” vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas e os direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição dos bens.* (STRECK, Op. cit., pp. 38-39).

30 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

responde à limitação do poder e à supremacia da lei (“estado de direito”); *democracia*, ao seu turno, traduzir-se-ia em soberania popular e governo da maioria (tal qual evidenciado supra). Tensões entre ambos os conceitos, face ao exposto, podem surgir, tendo a vontade da maioria que refrear seus impulsos perante determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais previstos na Constituição. Caberia, portanto, à jurisdição constitucional efetuar esse controle para assegurar que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.

Ou seja, democracia constitucional representa uma forma democrática específica, que combina o princípio majoritário (presente no Legislativo, por exemplo), com premissas contramajoritárias (a necessidade de respeito aos conteúdos valorativos previstos na CF, controlada pelo Judiciário). Tudo para evitar-se a “ditadura das maiorias”. Os dois conceitos que, numa leitura extremista, poder-se-iam dizer até mesmo antagônicos (soberania da lei *versus* soberania popular), na prática, coadunam-se, complementam-se, de modo a garantir uma democracia real e não meramente formal, além de, inclusive, estabelecer formas de lidar e/ou atenuar os déficits de representatividade³¹.

O Judiciário tem se mostrado, pois, uma via necessária à garantia e efetivação de direitos, de modo a assegurar a realização do Estado Democrático de Direito e alternativa (embora não solução) ao problema da representatividade. E, nesse contexto, Jürgen Habermas³² assevera que somente o discurso articulado a partir da autonomia pública dos cidadãos, em um espaço processual dialógico estruturado pelas garantias (princípios) constitucionais, poderia viabilizar a construção adequada dos provimentos.

Os habermasianos brasileiros têm se tornado, portanto, partidários fervorosos de uma estrutura processual mais participativa, um *proces-*

31 Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargos dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...] (BARROSO, Op. cit., p. 91).

32 HABERMAS, Jürgen. Op. cit.

so *participativo*, em que se viabiliza a intervenção dos setores sociais envolvidos em uma determinada demanda, conferindo voz aos marginalizados. Para esta corrente doutrinária, ainda que o Judiciário tenha um papel relevante na construção de uma democracia efetiva, caberia às partes envolvidas (no processo participativo) dialogarem e construir, junto ao juiz, um consenso. Não poderia este juiz dizer o direito conforme sua conveniência, nem fazer “justiça” de acordo com as suas convicções (morais, sociais, políticas). Para os habermasianos, da mesma forma como não há uma “verdade universal” ou completa identidade de interesses entre governantes e governados, também não há uma “comunidade de valores”, nem juízes virtuosos, com acesso privilegiado a essa base valorativa comum³³.

O consenso só se constrói, em uma sociedade pluralista, para Habermas e para os habermasianos, a partir do diálogo entre os interessados, mediante a adoção de uma razão comunicativa, com base na contraposição de argumentos, dialeticamente e sem “agir estratégico” (sem subterfúgios, mas com condições ideais, igualitárias, de discurso). As condições ideais de discurso, no processo judicial, estariam asseguradas pela Constituição Federal, mediante a previsão de direitos e garantias fundamentais, como contraditório, ampla defesa, dentre outros de cunho subjetivo ou mesmo através de instrumentos processuais garantidores da possibilidade de participação/intervenção no processo e acesso à justiça³⁴.

A postura de Habermas, que se pretende neutra, pode ser uma alternativa ao problema da politização do Judiciário, enquanto desfun-

33 [...] com Habermas podemos perceber o equívoco da credulidade na existência de um *ethos* concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea (HABERMAS, 1997, p. 129), principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo, pois neste percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valores fundamentais (HABERMAS, 2002, p. 290), impedindo que um sujeito solitário, órgão ou entidade possam encontrar sozinhos os valores dessa comunidade. (NUNES, Op. cit., p. 36 - grifo nosso).

34 Assim, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” desse órgão judicial (HABERMAS, 2002, pp. 295-296). Há de se implementar um debate processual acurado e coparticipativo para que se colham o máximo de informações e se profiram decisões fundamentadas racionalmente, especificamente, quando em discussão a aplicação de um direito fundamental. (NUNES, Op. cit., p. 37).

cionalidade desta esfera, ao apresentar toda uma construção teórica a deslegitimar uma superatuação do juiz enquanto “virtuoso”. O seu eixo analítico é claramente *procedimentalista*³⁵.

Contudo, em termos pragmáticos e se formos observar, em especial, a realidade brasileira, a via processual está longe de atingir condições mínimas, quiçá ideais, para a construção de um consenso democrático. A quase completa exclusão de povos e comunidades tradicionais, por exemplo, bem como de diversos outros movimentos sociais, da possibilidade de pleitear e ver respeitados, adimplidos, os seus direitos, em razão de diversos fatores relativos à precariedade do acesso à justiça no nosso sistema judicial, evidencia, indiscutivelmente, esta constatação.

O que se verifica é, sim, um *agir estratégico*, um completo desequilíbrio na possibilidade de acesso, atuação e interferência das partes na construção das decisões judiciais, sobretudo em face de questões socialmente problemáticas, como aquelas que envolvem disputas de terra entre grandes detentores do capital e pequenos proprietários, comunidades indígenas ou quilombolas. As condições pessoais das partes, o seu poder econômico, a assistência técnica que conseguem (acesso ao saber jurídico e a uma adequada representação de seus interesses) e as pré-compreensões dos juízes, sem falar no modo como o próprio Direito tem sido construído e pensado, representam verdadeiros e quase intransponíveis obstáculos à possibilidade de estabelecer-se “condições ideais”

35 **Sustentando a tese procedimentalista**, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da política e do direito à luz da teoria do discurso. Parta da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito. Assim, para Habermas, no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central. [...] Em face disso, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores” adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. Nesse sentido, uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. (STRECK, Op. cit., pp. 41-43 - grifo nosso).

à discussão do direito pleiteado, em especial para determinados setores da sociedade.

Aqui se poderia afirmar, tendo em vista o posicionamento de Habermas descrito por Streck que os procedimentalistas é que desconhecem o *modus operandi* das correlações reais de forças e fatores reais de poder.

Ou seja, o Judiciário, instância em que a legitimidade pela representatividade e até mesmo o (defasado) princípio majoritário encontram-se prejudicados, mais do que os demais poderes em tese dotados de uma propensão maior ao qualificativo de “democrático(s)”, deve ater-se ao texto constitucional, à necessidade de concretizá-lo, realizá-lo e implementá-lo, a fim de contribuir para que se possa almejar um ambiente propriamente democrático.

Se a via processual, participativa, formal não é suficiente, como se tem mostrado em nossa realidade, a via substantiva de efetivação de direitos e garantias fundamentais, manifesta no conteúdo (valorativo) das decisões e não apenas no *modus* de produzi-la, torna-se imperiosa³⁶.

4. Conclusão: a opção pela *judicialização da política*, lastreada na Carta de 1988, e a necessária diferenciação entre argumentos de política e argumentos de princípio (e por que o debate continua).

Robert Alexy – um dos mais influentes constitucionalistas da atualidade em todo o mundo, que tem disseminado, por vários países, as construções resultantes do trabalho junto ao “Tribunal Constitucional Alemão”, tendo a sua *teoria dos direitos fundamentais* (razão prática

³⁶ Como contraponto, **advogando a tese substancialista**, Cappelletti diz que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo aos grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. Embora classificável como defensor de uma posição liberal-contratualista, Dworkin se aproxima, em alguns pontos, dessa posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição. Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar dos demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. (STRECK, Op. cit., pp. 44-45 - grifo nosso).

e justificação teórica) e a *máxima da proporcionalidade* adotadas amplamente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal – formula aquela que analisaremos como sendo uma primeira resposta *substancialista* ao problema colocado.

Alexy³⁷ assume, claramente, um *conceito* não positivista de *Direito*, mediante uma proposta de união necessária entre *Direito* e *Moral*, como fruto da aproximação entre o que identifica como sendo a dimensão real e fática (“o decretado e o eficaz”) do *Direito* e uma dimensão ideal ou discursiva igualmente imprescindível para uma plena compreensão da construção e do fenômeno jurídico. A dimensão ideal ou discursiva funda-se em uma *pretensão de correção*, a qual, por sua vez, tem como elemento central o ideal (valor) maior da *justiça*. Esta *pretensão* justificaria a aproximação entre *Direito* e *Moral* e estaria associada a uma correlata *pretensão de fundamentabilidade*, correspondente a uma teoria da correção prática, direcionada a uma racionalidade discursiva capaz de verificar os limites e possibilidades do discurso jurídico em termos de fundamentação e argumentação plausíveis e coerentes.

Todos esses elementos juntos (correlação entre *Direito* e *Moral*, conceito não positivista de *Direito*, *pretensão de correção* e de racionalidade discursiva) conformam um *constitucionalismo discursivo*, de acordo com o qual a Constituição – ordenação de valores supremos materializados em direitos e garantias fundamentais – equivaleria a inequívoco vetor de todo o ordenamento jurídico e a Corte Constitucional, na salvaguarda destes valores, asseguraria a correção do *Direito*, almejando à realização do ideal maior de *justiça*, bem como à legitimidade democrática no exercício de uma representação argumentativa da população.

Alexy concretiza e instrumentaliza, em sua teoria do discurso, da efetividade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo discursivo, uma preocupação de correção relativamente ao *conteúdo* do *Direito*, portanto, *substancialista*, evidenciada, com mais ênfase, sobretudo após

37 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2ª ed. [Trad.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

a II Guerra Mundial, através da *fórmula de Radbruch* (aplicada nos crimes de guerra nazistas)³⁸.

Direitos fundamentais e democracia, duas exigências da teoria do discurso alexyano concernentes ao conteúdo e ao sistema jurídico, encontrar-se-iam, pois, intimamente relacionados, na medida em que *direitos fundamentais* correspondem ao conteúdo valorativo diretriz da *correção* e a *democracia* levaria a uma necessária garantia de legitimidade indireta – discursivo-argumentativa – da Corte Constitucional, para realizar, na prática e mediante o controle de constitucionalidade, a *correção do e no Direito*.

É justamente esta legitimidade argumentativa indireta que passa a ser alvo de discussão, tornando a teoria alexyana uma resposta interessante, posto que substancialista, mas passível de levar a uma indesejada politização do judiciário, o que não é o nosso objetivo. Senão, vejamos.

Um dos pontos mais questionados da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy diz respeito à tensão entre o papel protagonista, atuante e criativo da Corte Constitucional por ela estimulado, face às colisões entre direitos fundamentais e os chamados *hard cases*, e o conceito de Democracia (legitimidade representativa democrática), o qual, considerado, por alguns, como fundado no Princípio “U”, de universalização dos interesses, conferiria ao Legislador esse protagonismo, na medida em que seria essa a função estatal a concentrar, legitimamente, os interesses gerais do povo, não o Judiciário. O *legislador* estaria democraticamente constituído e investido no poder, enquanto o *jugador* não.

38 Para justificar a união conceitual entre Direito e Moral, Paula Gaido (Universidad de Córdoba), em introdução à obra “*La pretensión de corrección del derecho*”, explica que: *para ver en qué sentido Alexy utiliza esa idea, hay que advertir que invoca dos argumentos, uno fuerte y uno débil, para fundamentar esa relación conceptual necesaria entre derecho y moral: el argumento de la injusticia y el argumento de la corrección, respectivamente. Según el argumento de la injusticia, las normas o los sistemas normativos pierden su carácter jurídico si sobrepasan ciertos límites de la injusticia. Según el argumento de la corrección, en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen necesariamente una pretensión de corrección, que básicamente es una pretensión de corrección moral.* (ALEXY, Robert. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 19). Robert Alexy desenvolve, portanto, um caminho iniciado por outros juristas antes dele, no sentido de avaliar o *conteúdo* do Direito e não restringir a sua análise ao que é especificamente jurídico, conforme um critério formal de validade (Kelsen).

A tais questionamentos responde Alexy com o seu *constitucionalismo discursivo*, esclarecendo e advogando a tese de que, se por um lado a representação pelo Legislativo se dá sob uma perspectiva *volitiva e decisionista*, ainda que em alguma medida argumentativo-discursiva, a representação por um tribunal constitucional se perfaz pela via de excelência da argumentação, sendo, pois, puramente argumentativa, logo racional-discursiva. Para Alexy, a representação democrática só é plena se, ao lado do decisionismo, encontrar-se o discurso enquanto elemento ideal. As decisões da Corte Constitucional, portanto, discursiva e argumentativamente fundamentadas com base nos postulados constitucionais, tendo em vista a necessária correção para que se alcance o ideal maior de justiça, dificilmente não encontraria, para o jurista alemão, aceitação generalizada perante as chamadas “pessoas constitucionais” – pessoas predispostas a aceitar argumentos fundados em validade e correção (constitucionais), justamente em razão de serem atributos supremos.

A solução alexyana, contudo, não resolve o problema a nosso ver também, na medida em que apresenta algumas inconsistências. Em primeiro lugar, a consideração da existência da categoria de “pessoas constitucionais” lembra a tentativa habermasiana de garantir condições ideais de discurso, algo ilusório e utópico. Ademais, Alexy tenta uma união entre o seu manifesto substancialismo (preocupação com o conteúdo das decisões, com o ideal de correção e justiça) e as regras do discurso, citando a própria teoria do discurso de Habermas em seus fundamentos, numa pretensão de racionalização de valores que acaba, indiretamente, dando margem a arbitrariedades, decisões subjetivas e argumentos de políticas (no sentido de Dworkin).

A máxima da proporcionalidade, enquanto razão e método de efetivação de direitos fundamentais, para além das etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, prevê também uma *fórmula-peso* que pretende classificar, por exemplo, os graus de interferência de um princípio/direito fundamental em outro em “leve”, “médio” e “grave”, em formulações lógicas que almejam restringir ao máximo o espaço de liberdade, discricionariedade, do órgão julgador. Na prática dos tribunais, o que se tem observado, contudo, é que a proporcionalidade alexyana acaba servindo de “*argumentação-curinga*” para todos os vieses decisórios, inclusive envol-

vendo posicionamentos antagônicos em casos análogos, funcionando muito mais como artifício retórico (pretensa fundamentação) do que como método racional.

Nesse sentido, afirma Canotilho que “[...] dentro do arsenal metódico-metodológico várias categorias dogmáticas servem hoje para abrir aos juízes os interstícios da política dos direitos e dos valores. Uma dessas categorias é, desde logo, a concretização dos direitos. A concretização exprime uma tendência incontrolável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer o direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição. Outra categoria é a da ponderação ou balanceamento de bens e direitos. Não é por isso que alguns autores veem no chamado Estado ponderador [...] um dos cavalos de Troia da erosão da juridicidade estatal [...]”³⁹.

Muito pertinente é, com efeito, a metáfora utilizada pelo jurista português: “Cavalo de Troia”, na medida em que a proporcionalidade, que se pretende racional, representa verdadeira abertura para que o órgão julgador possa tecer considerações de outras ordens (que não jurídicas) acerca das medidas a serem adotadas em um determinado caso concreto, como juízos de conveniência, oportunidade, economia, repercussão social, etc., analisando as mais diversas razões levantadas ao se analisar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade de algo. Embora materialize uma preocupação fundamental e necessária com o conteúdo das decisões, o que as construções do jurista Robert Alexy permitem é uma politização do judiciário, agravando a sua desfuncionalidade enquanto órgão estatal. Nesse ponto, precisamos dar razão às críticas habermasianas.

Não obstante, Ronald Dworkin⁴⁰, também um substancialista que não nega a relação entre Direito e Moral, tendo a sua compreensão/divisão das normas jurídicas em regras e princípios tomada como base justamente para as construções alexyanas, traz outra forma de concretizar o substancialismo, preocupado que é com a discricionariedade das decisões judiciais – estímulo propulsor da sua obra.

39 CANOTILHO, Op. cit., pp. 141-142.

40 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Dworkin representa um dos principais expoentes da teoria jurídica anglo-saxônica, sobretudo em termos de crítica às teorias positivistas do Direito. O elemento motivador da construção do “Modelo de Regras e Princípios” de Dworkin foi justamente a insuficiência do “Modelo de Regras” positivista, cuja versão “mais bem-acabada” seria a do jurista H. L. Hart, na solução dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), levando a uma ampla margem de discricionariedade (“zona de penumbra”) travestida de racionalidade pretensamente neutra. O aspecto que mais incomodava este autor era, com efeito, a possibilidade de o juiz *criar direito novo* quando se deparasse com um dado caso em que a subsunção do fato à norma (regra jurídica) não fosse possível ou não permitisse o encontro de uma resposta pronta, preexistente no ordenamento jurídico-positivo.

Adrian Sgarbi⁴¹ esclarece, nesse sentido, que a tese de Dworkin é a de que: “*mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa*”, pois também nos “casos difíceis” o juiz tem o dever de *descobrir* quais são os direitos das partes sem inventar novos direitos, os quais aplicaria retroativamente. Dessa forma, desaprova qualquer corrente que questione a possibilidade de se alcançar uma *solução correta* para cada caso⁴². Por fim, Dworkin defenderia, segundo Sgarbi, que: 1) o direito é um fenômeno complexo bem mais articulado do que retrata o positivismo jurídico; 2) os elementos que compõem o direito são vários (regras e princípios); 3) os princípios não operam no mesmo canal de verificação que as regras; portanto, a técnica do *pedigree* é inútil para identificá-los; 4) como os princípios são referências valorativas de correção, a separação entre direito e moral passa a ser entendida como divisão artificial⁴³.

Ou seja, a abordagem principiológica representa, para Ronald Dworkin, um novo paradigma de compreensão do Direito, uma nova racionalidade que, buscando uma base valorativa consubstanciada em princípios jurídicos, associa Direito e Moral sem, contudo, desviar o foco do jurídico para considerações de ordem política, isto é, pragmático-social e interventiva no espaço legislativo e executivo.

41 SGARBI, Op. cit.

42 SGARBI, Op. cit., pp. 147-148.

43 SGARBI, Op. cit., p. 154.

Dworkin promove uma diferenciação-chave na sua teoria, entre argumentos de política e de princípio, associando os primeiros a uma lógica coletiva de bem-estar (razões de conveniência, interesses sociais e pragmáticos) e os segundos à comunidade de valores positivada no ordenamento jurídico ou nele presente através dos princípios. As decisões judiciais, nesse contexto, devem fundar-se e buscar fundamento apenas nos argumentos de princípio⁴⁴.

Outros elementos da Teoria do Direito de Dworkin ajudam a compreender melhor o enfrentamento, por parte deste jurista, do problema da discricionariedade judicial, quais sejam: as noções de *teia inconsútil* (romance em cadeia) e de *Direito como integridade*.

Dworkin defende que, para além da compreensão do Direito enquanto conjunto de normas jurídicas formado por regras e princípios e da utilização de uma argumentação unicamente *jurídica* nas decisões judiciais, é necessário, ainda, compreender o Direito como romance em cadeia e integridade. Isto é, cada decisão necessita dar continuidade ao que já foi construído até então na esfera jurídica de uma dada comunidade, levando em consideração o ordenamento posto e as decisões já proferidas. Trata-se, aqui, da construção do Direito enquanto *romance em cadeia*, cuja coerência e continuidade se impõem para a formação de uma *teia inconsútil*, sem *rupturas* ou *retalhos*. Cada decisão é um novo capítulo deste *romance*, necessitando, pois, estar coerente com o todo da obra e com os capítulos anteriores.

44 Acerca do que acabamos de explicar, assevera Sgarbi: À vista disso, diz que essa discussão – se se deve aplicar um princípio ou uma política – é **um elemento central em sua teoria, porque os juízes não devem argumentar com base em considerações de índole política do direito que enfatizem objetivos das decisões em termos de bem-estar da coletividade, mas por “princípios”**, dado que eles são argumentos destinados a estabelecer um direito individual. Daí a sua afirmação: “Se os juízes fossem legisladores segundos, o tribunal deveria estar preparado para seguir a última alternativa [aplicar argumentos de política], tanto quanto a primeira [aplicar argumentos de princípio], e decidir em favor do demandante se fosse essa a recomendação do argumento. É isso, imagino, o que significa a ideia corrente segundo a qual um tribunal deve ser livre para decidir um caso novo como o da *Spartan Steel* em bases políticas; e foi assim, de fato, que lord Denning descreveu sua opinião neste caso específico. (...) Não obstante, defendo a tese de que as decisões como as da *Spartan Steel* são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”. (DWORKIN, 1977 *apud* SGARBI, Op. cit., p. 156 - grifo nosso).

Tal estrutura significaria uma mera repetição ou subjugação ao que já foi decidido ou posto (mero “copiar e colar” de decisões anteriores ou de Tribunais Superiores)? Absolutamente que não.

O advento de decisões contrárias ao que já foi decidido é uma possibilidade real e, porque não dizer, almejável, posto que as sociedades são dinâmicas e o Direito necessita acompanhar esse dinamismo, para não quedar ainda mais defasado. O que a tese dworkiniana impõe é que estas mudanças de posicionamento sejam fundamentadas, enfrentando-se as decisões anteriores contrárias argumentativamente, com base em argumentos jurídicos (*de princípio*), de modo a superá-las evidenciando-se o porquê. Assim é que o Direito deve construir-se, enquanto integridade. Os juízes passam a ter que empreender, em cada decisão, em busca da *resposta correta* (nos moldes defendidos por Dworkin – cf. “Levando os direitos a sério”⁴⁵), um esforço *hercúleo* de argumentação para manter essa integridade, sem sair da esfera do jurídico.

Com efeito, o que se pode dizer, em caráter conclusivo, acerca da discussão em torno da relação entre Direito e Política no Judiciário é que o nosso posicionamento é pela *judicialização da política* e não pela *politização do judiciário*. Isto é, na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu pautas a serem perquiridas na concretização do modelo estatal/democrático escolhido, abriu a possibilidade jurídica de pedidos de cunho essencialmente político (posto que eivados, indiscutivelmente, de um caráter de bem-estar social), contudo materializados em direitos exigíveis, postuláveis e passíveis de concessão pelo Judiciário, face à necessidade de cumprir os mandamentos e preceitos constitucionais em um ambiente de *filtragem constitucional*⁴⁶, em que a Constituição é vetor axiológico de todo o ordenamento, restando a aplicação de toda a legislação infraconstitucional sujeita a uma interpretação conforme.

Falamos em *judicialização* justamente porque se o Judiciário assume um papel mais visivelmente político, sobretudo em países de terceiro

45 DWORKIN, Op. cit.

46 BARROSO, Op. cit.

mundo⁴⁷ com enormes problemas de representatividade política e setores sociais historicamente marginalizados, o fará dentro das possibilidades jurídicas (ainda que sob uma compreensão geral transdisciplinar) e da legitimidade constitucional que lhe foram, democraticamente, *stricto sensu*, conferidas, não mediante tomadas de posição meramente políticas (politização do judiciário), com pretensões de legitimidade em arroubos (muitas vezes *solipsistas*, no sentido de Lenio Streck⁴⁸) de justiça social (“com uma canetada”).

Não pode mais a atividade judicial, tal qual afirma Streck⁴⁹ e Farias⁵⁰, ser pensada enquanto “simples administração da lei”, executada no âmbito de uma instituição “neutra, imparcial, objetiva”, remanescendo o intérprete equiparado a um *técnico* do direito positivo. Continuamos, afirma Streck, “*com a mesma economia de mercado e a mesma lógica da ‘reificação’, mediadas pela categoria do sujeito de direito (Seixas Meireles), cuja teorização sustenta-se em um paradigma hermenêutico de cunho metafísico-essencialista, em que os fenômenos têm uma pretensa independência, onde o fenômeno é explicado depois de reduzido à sua essência, é dizer, a um princípio abstrato, criando dois polos onde não há mediação: o individual abstrato, de um lado; e o universal abstrato, de outro*”⁵¹.

47 Para os objetivos desta abordagem, importa lembrar que, em termos de doutrina brasileira, Paulo Bonavides justifica com vigor a tese substancialista, admitindo, por motivos pragmáticos, a judicialização da política em países de terceiro mundo: “A Constituição aberta levanta, entre outras, a questão medular da validade da democracia representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista. (...) Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, *a velha democracia representativa já se nos afigura em grade parte perempta*, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. *De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo*”. (STRECK, Op. cit., pp. 49-50 - grifo do autor).

48 STRECK, Op. cit.

49 STRECK, Op. cit.

50 FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

51 STRECK, Op. cit., p. 45.

Isto é, o debate ora travado necessita continuar porque não se trata apenas da relação pontual entre Direito, Política, Democracia e Direitos Fundamentais, mas de uma *crise de dupla face do Direito como um todo*: crise de modelo (liberal-individual-normativista), seguindo a lógica de reificação supradelineada, em que os conflitos são pensados de modo individualizado, de acordo com categorias abstratas apartadas da realidade social, em nítida *astúcia da razão dogmática* (no sentido de Tércio Ferraz⁵²) negadora dos dilemas e tensões reais; e crise de paradigma (filosofia da consciência), em que o sentido da norma (*lato sensu*) é pensando enquanto algo que uma consciência produz, solitária e individualmente, para si, independentemente de um processo de comunicação (práxis social intersubjetiva), seja para repetir o modelo liberal defasado, seja para realizar um sentido pessoal de justiça social (politização do judiciário).

Não cabe mais, por fim, o exercício de uma atividade judicial realizada enquanto “*uma espécie de habitus (Bourdieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas. Isto porque, segundo Bourdieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela communis opinio doctorum, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero habitus, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de “capital simbólico”, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos*”⁵³, sobretudo quando se trata da efetivação de direitos e garantias fundamentais e do cumprimento de um projeto democrático traçado claramente desde 1988.

5. Referências

ALEXY, Robert. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

⁵² FERRAZ JR., Op. cit.

⁵³ STRECK, Op. cit., pp. 67-68.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2ª ed. [Trad.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad.]. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Judicialismo e Política – Tópicos para uma Intervenção**. *In*: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 139-154.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. [Trad.]. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAG, Barbara. **A teoria crítica: ontem e hoje**. 1ª reimpr. da 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7ªed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Vol. 1. Col. Biblioteca Tempo Universitário, 101. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.

KELSEN, Hans. **A democracia**. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt**. Menelick de Carvalho Netto [Trad.]. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, 1994, pp. 91-107.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

NUNES, Dierle. **Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações**. *In*: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 31-49.

RIBEIRO, Fernando Armando; SILVEIRA, Jacqueline Passos. **Pluralismo, Identidade e Representação Democrática**. *In*: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 69-85.

SCHMITT, Carl. **Roman catholicism and political form**. [Trad.] G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Epistemologia Jurídica da Modernidade**, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.