

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Análise da Legitimidade Democrática à luz da Teoria Procedimentalista da Constituição

Júlio César Muniz¹

RESUMO

O presente artigo aborda a questão da legitimidade democrática como um dos nós da judicialização da política e do ativismo judicial, considerando a ausência de mecanismos democráticos no Poder Judiciário, especialmente no processo de escolha de seus membros. Além disso, discorre a respeito da maior participação do Poder Judiciário no âmbito de decisões ínsitas à política e a extrapolação de seus limites de atuação diante da clássica tripartição das atribuições de poder. Diante de tal contexto objetiva este trabalho analisar a questão da judicialização da política e o ativismo judicial e a legitimidade democrática, tendo como supedâneo a teoria procedimentalista da Constituição, notadamente a baliza teórica de Jürgen Habermas, concluindo que a representatividade argumentativa não pode suplantiar a representatividade democrática.

Palavras-chave:

Judicialização da Política – Ativismo Judicial – Procedimentalismo – Legitimidade Democrática

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido versa a respeito da “Judicialização da Política e Ativismo Judicial: Análise da Legitimidade Democrática à Luz da Teoria Procedimentalista da Constituição.”

¹ Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Especialista em Direito Processual Civil e Direito Empresarial. Licenciatura em História. Professor de Direito Processual Civil no IESI – Itapira e de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito na UNIPINHAL. Assessor de Juiz - TJMG.

O protagonismo do Poder Judiciário diante de muitas questões de grande relevância no cenário brasileiro suscita indispensável debate sobre as funções ou atribuições de poder consubstanciadas no texto da Constituição da República.

Não sendo os membros do Poder Judiciário expressão da vontade popular por meio da via eletiva democrática, quais seriam as fronteiras entre o cumprimento de suas atribuições constitucionais e a invasão das esferas de competência dos poderes Legislativo e Executivo, cujos integrantes são alçados ao poder pelo voto?

A questão da legitimidade democrática é um dos grandes nós da judicialização da política e do ativismo judicial, haja vista a crítica contundente que se faz ao fato de haver a ausência de mecanismos democráticos no Poder Judiciário.

Assim, a questão primordial a ser enfrentada é se a maior participação do Poder Judiciário no âmbito político das decisões representa a extrapolação de seus limites de atuação e viola a clássica tripartição das atribuições de poder.

O artigo tem por objetivo principal analisar a questão da judicialização da política e o ativismo judicial e a legitimidade democrática, tendo como supedâneo a teoria procedimentalista da Constituição, notadamente a baliza teórica de Jürgen Habermas.

A problemática atual em torno da questão da judicialização da política e do ativismo judicial tem preenchido a pauta de inúmeras discussões no meio acadêmico e até mesmo nas diferentes instâncias de poder.

A judicialização da política e o ativismo são fenômenos complexos que precisam ser analisados numa perspectiva de um recorte histórico do cenário brasileiro em que se vive uma chamada crise de representatividade do Poder Legislativo e a corrosão da legitimidade do Poder Executivo ante uma instabilidade política de relevantes proporções.

Desse modo, malgrado as diferentes abordagens sobre o tema, este merece enfrentamento a partir da perspectiva epistemológica lançada pelos estudos sistemáticos da teoria da democracia, cuja reflexão propiciou o repensar do arranjo institucional e do papel dos poderes constitucionalmente estabelecidos, sobretudo quando da análise dos pressupostos teóricos do procedimentalismo e da afirmação da necessidade de preponderância da vontade expressa pelo povo no regime democrático.

Com efeito, a análise da questão da judicialização da política e do ativismo judicial passa necessariamente pela problemática da legitimidade democrática e, nesta reflexão, o suporte da teoria procedimentalista que busca dar ênfase à racionalidade democrática na produção das normas, afastando, portanto, a invasão do direito na política a pretexto do descontentamento com o sistema político ou de supostos avanços sufragados por setores da sociedade.

Assim, a teoria procedimentalista afirma que os valores materiais de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, notadamente pelos poderes representativos do povo, ou seja, aqueles consagrados pelo voto e legitimados pela vontade da maioria.

Portanto, a exacerbação do ativismo judicial oferece riscos para a legitimidade democrática a partir da atuação solipsista e decisionista do julgador, que pode irromper em problemas importantes no que tange ao descredenciamento da política, da representatividade e da função dialógica dos poderes com a sociedade.

Neste passo, procurou-se inicialmente sistematizar a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial e, em seguida, adentrar na análise do procedimentalismo a partir da abordagem teórica de Jürgen Habermas, judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

A Constituição da República de 1988 consagrou em seu art. 2º a clássica divisão dos poderes, instituindo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” De acordo com o princípio da separação dos poderes um poder não pode invadir a discricionariedade dos outros, sendo este um ponto de equilíbrio fundamental, uma linha fronteira.²

Nada obstante, a configuração dessa organização e disposição dos poderes, o fato é que depois da promulgação da Constituição da República de 1988, houve uma

² STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 2º . In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____(Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 145.

expansão da jurisdição constitucional no Brasil, sendo que para Luís Roberto Barroso “uma das causas determinantes foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passe a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais menos representativos.”³

Como corolário desta notável expansão da jurisdição constitucional surgem as questões da judicialização da política e do ativismo judicial. Neste compasso, a abordagem destas questões não pode prescindir de uma necessária diferenciação para melhor compreensão.

Nessa direção, a importante contribuição de Luís Roberto Barroso que afirma que a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorreu do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.⁴

Noutras palavras, a judicialização da política deriva do modelo constitucional brasileiro, implantando pelo próprio poder constituinte originário. Assim, o Poder Judiciário é chamado a se pronunciar sobre assuntos considerados do âmbito de atuação do Legislativo e do Executivo.

Trata-se da expansão das atribuições do Poder Judiciário sobre as políticas executivas e legislativas do Estado, projetando uma grande importância do Judiciário em oferecer respostas diante da omissão dos outros poderes.

O ativismo judicial, por sua vez, é uma decorrência da judicialização, convertendo-se num protagonismo institucional dos tribunais e dos juízes que agem como poder contramajoritário ou criativo invalidando ações de outros poderes, notadamente do Poder Legislativo.

Para José Ribas Vieira, o ativismo judicial pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional quanto de forma extra-jurisdicional pelos magistrados, como

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 264.

⁴ _____ . *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 jul 2016.

por exemplo, em entrevistas discursos de posse e pronunciamentos exteriores aos processos.⁵

Em interessante análise dicotômica sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, Clarissa Tassinari suscita a articulação do trinômio Direito, Política e Judiciário para a compreensão do fenômeno da judicialização da política. Assim, “o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.”⁶

Por certo, a análise do fenômeno judicialização não pode estar divorciada do processo de constitucionalização do direito ocorrido, sobretudo, no pós Segunda Guerra Mundial, em que se destaca uma maior interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado.⁷

Para Luiz Werneck Vianna o processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política resulta do modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de intérpretes⁸, notadamente daqueles descritos no art. 103 da Constituição da República de 1988.⁹

Trata-se, nessa medida, da relevante atribuição assumida pelo Poder Judiciário a partir da promulgação da Constituição de 1988 e que conferiu ao Supremo Tribunal Federal uma posição importante de guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁰

Não se pode olvidar, entretanto, que da própria ampliação do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal consubstanciou-se a ideia de ativismo judicial,

⁵ VIEIRA, José Ribas et al. *O Supremo Tribunal Federal como Arquiteto Institucional: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial*. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtuall.bibliotecas:artigo.revista:2009.:08> set 2016.

⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 28.

⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck et alii. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999, p. 47.

⁹ De acordo com o artigo 103 da Constituição da República, podem propor ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governo de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁰ *Ibidem*, p. 53.

com a crescente intervenção decisória do Judiciário em temas polêmicos e de envergadura social, política e econômica.

Desse modo, por vezes, o Judiciário tem se imiscuído em temas que podem ser essencialmente de atribuição dos outros poderes.

Numa perspectiva de índole mais sociológica, a judicialização das relações sociais ressalta o papel do Judiciário como uma espécie de “alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania”.¹¹

Na análise de José Ribas Vieira a judicialização pode ser vista também a partir de uma perspectiva lógico-argumentativa, segundo a qual “a judicialização significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela linguagem dos direitos e, sobretudo, pelo discurso constitucional.”¹²

3. PROCEDIMENTALISMO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

As concepções procedimentalistas defendem que o papel precípua da Constituição é definir as regras do jogo político, garantindo a sua natureza democrática.

O enfoque fundamental dos procedimentalistas é no princípio democrático, segundo o qual as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político, dentre outros, não devem estar contidos na Constituição, mas deve o povo deliberar sobre estes temas.

Nesta perspectiva, a premissa de constitucionalização de uma decisão, por implicar na supressão do espaço de deliberação as maiorias políticas, deve conter reservas.

Para Habermas, a Constituição deve estabelecer procedimentos pelos quais os cidadãos exercitem seus direitos políticos de autodeterminação com êxito, pois a

¹¹ Ibidem, p. 22.

¹²VIEIRA, José Ribas et al. O Supremo Tribunal Federal como Arquiteto Institucional: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial. <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2009>. Acesso em: 08 set 2016.

legitimidade do Direito proclamado depende exatamente destas condições procedimentais para a gênese democrática da leis com o fim de viabilizar o projeto de se estabelecer justas condições de vida.¹³

Nesse passo, o pensador tedesco sustenta que a legitimidade do Direito está umbilicalmente ligada ao princípio democrático, e para que este seja observado, os destinatários do direito devem se ver como sujeitos desse direito, de modo a existir maior legitimação e aceitação do direito posto e menos conflitos na sociedade.¹⁴

Assim, ressalta-se a legitimidade do Direito associada à legitimidade do processo legislativo racional, conduzido através de um consenso social obtido por meio do discurso. Em sua formulação, a legitimidade da norma reside na legitimidade do procedimento realizado para sua elaboração, de modo que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos.¹⁵

Na análise de Rafael Lazzarotto Simioni “a participação dos cidadãos em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação torna-se condição de possibilidade da liberdade comunicativa, vale dizer, da liberdade de crítica e de tomada de posição a respeito de pretensões de validade.”¹⁶

Desse modo, a teoria procedimentalista afirma que os valores materiais de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, notadamente pelos poderes representativos do povo, ou seja, aqueles consagrados pelo voto e legitimados pela vontade da maioria. Em interessante reflexão Rafael Lazzarotto Simioni vai discorrer:

No paradigma procedimentalista do direito, o princípio do discurso equivale a um princípio democrático, o qual substitui a soberania do povo, como legitimidade do Estado de Direito, pelo poder comunicativo. Porque o poder comunicativo é o resultado de um consenso público alcançado pela força do melhor argumento, no âmbito de um discurso onde todas as autonomias privadas encontram a forma de uma autonomia pública geradora de legitimação do Estado de Direito. Por isso, a gênese democrática do direito está no poder comunicativo, que é o resultado da discussão pública sob as condições procedimentais ideais do princípio do discurso.”¹⁷

¹³ HABERMAS, JÜRGEN. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. p. 263.

¹⁴ *Ibidem*, p. 157.

¹⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*, p. 107.

¹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*, p. 165.

¹⁷ *Ibidem*, p. 223.

Ora, o enfoque procedimentalista na democracia deliberativa de Habermas suscita a reflexão a respeito da divisão dos poderes entre Legislativo, Judiciário e Executivo, notadamente qual o papel do Poder Judiciário diante das crescentes demandas da sociedade, resultando na discussão sobre o a judicialização da política e o ativismo judicial e a legitimidade democrática do Poder Judiciário. Para Rafael Alem Mello Ferreira:

É preciso que não ocorra uma deturpação da divisão de poderes, para evitar que o guardião da Constituição se transforme em seu tirano e que a relação da corte com a democracia seja uma postura colaborativa, e não impositiva, ou seja, a jurisdição constitucional não pode servir de alicerce para a substituição de uma construção coletiva por uma visão parcial de mundo. Não existem comprovações fáticas de que um grupo de técnicos jurídicos possa ofertar soluções políticas melhores que as produzidas democraticamente, e não é por outro motivo que podemos encontrar na jurisdição constitucional decisões brilhantes e outras péssimas.¹⁸

Para Habermas, a lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo.¹⁹

A partir da leitura habermasiana constata-se uma tensão entre a atuação da jurisdição constitucional e a soberania popular, engendrada por meio de um processo discursivo, que se converterá em decisão política. Vale dizer, uma tensão entre a soberania popular e a função contramajoritária dos tribunais.²⁰

No cerne desta tensão está a questão da legitimidade, conquanto se verifica que há no Judiciário um déficit democrático, na medida em que os juízes não são democraticamente eleitos e suas decisões, em última instância, como palavra final em temas de grande relevância social, política e econômica, representam discricionariedade judicial em detrimento da representatividade própria da democracia deliberativa. Para Flávia Santiago Lima:

O fortalecimento do Poder Judiciário em virtude de um aparato metodológico que lhe assegura maior discricionariedade é objeto de ferrenha censura, pois acarreta riscos para o arranjo democrático, numa substituição das decisões imputáveis aos

¹⁸ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e a Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*, p. 153-154.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, p. 159.

²⁰ *Ibidem*, p. 157.

agentes sociais e titulares dos poderes majoritários pelas escolhas judiciais, aumentado deste modo, a tensão ente constitucionalismo e democracia.²¹

Para Habermas “o tribunal precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normalização jurídica se realize sob as condições da política deliberativa, que fundam a legitimidade.”²² Vale dizer, a legitimidade do Poder Judiciário derivada do procedimento democrático deve se destinar precipuamente a proteger o processo de criação democrática do Direito.²³

O Tribunal, deve, portanto, assumir papel importante na função de tutelar o procedimento democrático, garantindo os pressupostos de validade do discurso comunicativo e respeitar a função institucional do Poder Legislativo.²⁴

Na concepção habermasiana, a ideia de democracia é elemento crucial da sociedade, de modo a não se admitir que haja uma imposição técnica em relação a uma criação democrática racional. Para Lenio Streck “Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que tem como fundamento 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’.”²⁵

Entretanto, é preciso considerar que a questão do papel da jurisdição constitucional e da democracia no Brasil suscita algumas reflexões importantes. Primeiro, não há como olvidar que a Constituição da República de 1988 de caráter analítico e dirigente conferiu ao Poder Judiciário um papel relevante, havendo um deslocamento para o âmbito deste poder de questões antes relegadas à política.²⁶

Para Eduardo Appio “o juiz constitucional tem enorme importância neste contexto, porque responsável direto pela concretização dos valores constitucionais e de sua injustificável omissão não raro resulta a ineficácia absoluta do dispositivo constitucional.”²⁷

²¹ LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e Autocontenção no STF*, p. 263.

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, v. 1, p. 340.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, p. 161.

²⁴ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*, p. 170.

²⁵ *Ibidem*, p. 160.

²⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*.

²⁷ APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*, p. 33.

Segundo, porque a despeito da importância da contribuição da construção teórica sobre a democracia desenvolvida por Habermas, é preciso considerar as peculiaridades da democracia brasileira que evidencia problemas, como a crise de legitimidade dos poderes Legislativo e Executivo, que devem ser considerados. Nessa direção, a importante contribuição de Lênio Streck:

O Estado brasileiro não se constitui como um espaço público livremente, e pactuado ao qual todos os segmentos sociais tenham iguais possibilidades de acesso, desde que participem de um jogo político cujas regras são fixadas em normas gerais, objetivas e estáveis, como quer o modelo liberal clássico e é o que define a democracia. Historicamente, o Estado brasileiro se caracteriza, antes, como um *locus* tradicionalmente apropriado por elites econômicas que instrumentalizam o poder para servir seus próprios negócios, quase como se tivéssemos uma espécie de apropriação privada dos espaços públicos.²⁸

Desse modo, como aferir do ponto de vista da lógica de Habermas a legitimidade que floresce de um consenso racional formado do mundo da vida para o sistema jurídico, obtida pela ação comunicativa com a participação de todos os cidadãos e aceitação racional do resultado.

Deve-se, ainda, ponderar se os dois aspectos, ora explicitados, justificariam a substituição da representação democrática pela representação argumentativa exercida pelos tribunais.

Nesta perspectiva deve-se refletir sobre os riscos de o Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal tornar-se o superego da sociedade ou uma espécie de governo de juízes, substituindo a soberania popular por uma soberania da elite judiciária.²⁹ Para Lênio Streck:

O Tribunal não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução (...). A invasão da sociedade pelo Judiciário resulta no enfraquecimento da democracia representativa.³⁰

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, p. 167.

²⁹ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*, p. 157.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, p. 161.

Assim, o ativismo do Judiciário deve ser no sentido de se estabelecer procedimento e não para se estabelecer conteúdo, ou seja, em relação a conteúdos, o tribunal deve manter-se fraco, mas no que se refere à proteção do processo de formação da vontade é necessária uma atuação ativa³¹, levando em conta a responsabilidade política que não se traduz em ato de escolha e sim como compromisso com a moralidade política, devendo o Tribunal Constitucional, em última análise dar a sua contribuição preservando a Constituição, dando-lhe a melhor interpretação e preservando a decisão do legislador.

4. CONCLUSÃO

Na abordagem do presente trabalho procuramos analisar o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial e a questão da legitimidade democrática tendo como suporte teórico a concepção procedimentalista de constituição de Jürgen Habermas, suscitando a partir da lógica da divisão dos poderes prevista no texto da Constituição da República, o concerto hoje existente entre estes poderes, notadamente a constatação de que o Judiciário teve uma ressignificação do seu papel após a promulgação da Constituição de 1988, em que num ambiente de transição democrática desenvolveu-se a ideia e apelo de concretização de direitos aos cidadãos.

Houve, inexoravelmente, um crescimento das demandas que aportaram no Poder Judiciário, versando sobre temas de grande relevância política, econômica e social, que ao exigir um efetivo posicionamento e uma resposta por parte deste poder, resultou no crescimento da atividade jurisdicional e naquilo que ficou conhecido como “agigantamento do Judiciário”, que a pretexto de seu papel constitucional e das omissões dos outros poderes da República passou a imiscuir-se em assuntos de índole política, portanto, afetos sobretudo ao Poder Legislativo, detentor da representatividade democrática.

Neste compasso, diante da crise da representatividade democrática observa-se a expansão e o crescimento da atividade jurisdicional, fazendo emergir no plano da realidade fática a questão da judicialização da política e do ativismo judicial. A

³¹ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*, p. 161.

judicialização apresentando-se como uma questão social e contingencial, na medida que insurge na ineficiência dos demais poderes e no conseqüente aumento da litigiosidade, e o ativismo judicial identificando-se com um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia, em que se verifica uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.³²

Por outro lado, a expansão da atividade jurisdicional nos reporta à luz da teoria procedimentalista de Habermas à necessidade de repensar criticamente a respeito da legitimidade desta atuação, na medida em que os membros do Poder Judiciário carecem de legitimidade democrática, uma vez que não são eleitos pela soberania popular.

A abordagem habermasiana defende com veemência o ideal de democracia constitucional, cuja legitimidade floresce de uma transposição de consenso racional formado discursivamente por meio de um procedimento que envolve a participação de todos, de tal modo que a única fonte de legitimidade de uma norma seria o consenso oriundo do seu processo de elaboração.³³

Deflui-se, portanto, desta análise que o Judiciário não pode e nem deve ser protagonista em relação à produção legislativa, na medida em que lhe falta legitimidade democrática, sendo que ao extrapolar suas atribuições constitucionais da representatividade argumentativa pautada em decisões solipsistas, o Judiciário fragiliza a democracia representativa, solapando o seu papel fundamental de atribuir a melhor interpretação e preservação da decisão do legislador, expressão da deliberação democrática.

³² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*, p. 36.

³³ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*, p. 125.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade Política do Poder Judiciário*. Curitiba. Juruá, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

In: Revista Atualidades Jurídicas, nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 29/06/2016

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e a Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e Autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

OLIVEIRA, Fábio C.S. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in) determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz, et al. *A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em 29/06/2016.

SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba, Juruá Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

VIANNA, Luís Weneck. *A Judicialização da Política nas Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas et al. *O Supremo Tribunal Federal como Arquiteto Institucional: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial*. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2009.:> 08 set 2016.