



## **A RELEVÂNCIA DO ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NO ESTUDO DA REDIGNIFICAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO**

Rhaíza Sarciá Bastos<sup>1</sup>

Zamira Mendes Vianna<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Dentre as mudanças decorrentes do fenômeno do neoconstitucionalismo, tem-se destacado, tornando-se recorrente no debate constitucional brasileiro, a judicialização da política e das relações sociais, o que provoca um considerável deslocamento de poder do âmbito dos poderes constituídos – Legislativo e Executivo – para o Judiciário. A crítica que se faz à ênfase neste Poder consiste em seu caráter antidemocrático, uma vez que as decisões judiciais não são legitimadas pelo voto popular, diferentemente da atuação dos outros dois poderes, cujos representantes são eleitos pelo voto direto. Este trabalho tem como objetivo trazer ao debate a grande relevância e singularidade do argumento das capacidades institucionais, nos moldes de Sunstein e Vermeule, como medida de definição dos limites de alocação de poder entre as instituições, de maneira a proporcionar a decisão mais acertada a cada caso. À luz deste argumento, discute-se a necessidade de se recuperar a dignidade da legislação, como ferrenhamente defendido por Jeremy Waldron, por meio do processo deliberativo dos Parlamentos, realocando para arena legislativa o debate acerca dos desacordos morais razoáveis. Assim, esta pesquisa bibliográfica visa estimular a reflexão acerca da importância da redignificação do Poder Legislativo, na medida em que se considera o Parlamento o

---

<sup>1</sup> Acadêmica do oitavo período de graduação em Direito e participante do programa de iniciação científica em Pensamento Constitucional Contemporâneo pelas FIVJ. Tradutora do artigo “*On the concept and the nature of Law*”, de Robert Alexy, em parceria com o doutorando Bruno Stigert, in: Tratado de Direito Constitucional, Volume I: Constituição, Política e Sociedade.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pelas FIVJ (2004), pós-graduação em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (2007) e mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC - Rio (2010). Atualmente é professora nas FIVJ nas disciplinas Introdução ao Estudo do Direito e Direito Constitucional. Revisora do periódico Vianna Sapiens.



*locus* adequado para o processo decisório dentro do arranjo institucional das sociedades plurais modernas.

**PALAVRAS-CHAVE:** DESJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO. DEMOCRACIA.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo, baseado em uma pesquisa bibliográfica, visa desenvolver uma reflexão acerca da importância da redignificação do Poder Legislativo, na medida em que se considera o Parlamento o *locus* adequado para o processo decisório dentro do arranjo institucional de sociedades plurais modernas - como a brasileira.

A pesquisa tem como foco a concepção de que a retomada das discussões acerca dos dilemas morais para a arena político-representativa implica numa forma de se aprimorar o modelo democrático, tendo como fundamento a soberania popular.

À guisa de uma melhor compreensão para o leitor, dividiu-se este trabalho em quatro partes. Na primeira, tratar-se-á da ascensão institucional do Poder Judiciário e suas consequências no fortalecimento da jurisdição constitucional. Na seção seguinte, abordar-se-á o fenômeno da judicialização da política. Vale ressaltar que esta segunda parte apresenta ainda duas subdivisões que visam melhor esclarecer o tema, quais sejam, “judicialização vs. ativismo judicial” e “judicialização da *megapolítica*”. Na terceira parte, por sua vez, ter-se-á a abordagem do ponto de referência de toda esta pesquisa, qual seja, o “argumento das capacidades institucionais”. Por último, far-se-á uma abordagem acerca da importância da redignificação do Poder Legislativo à luz do argumento mencionado.

O que se pretende concluir é que a alocação do poder decisório deve levar em conta as condições e limitações de cada instituição e, especificamente, as decisões quanto aos desacordos morais razoáveis, devem ser realocadas nas instâncias representativas a fim de se preservar uma governança democrática.



## **1 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO: uma sucinta abordagem sobre o fortalecimento da jurisdição constitucional**

Preliminarmente, faz-se relevante esclarecer que até meados do século XX as constituições mundo afora representavam, de maneira geral, meras cartas políticas, dispondo essencialmente de normas de organização do Estado.

Destaca-se ainda que o fim da Segunda Guerra resultou numa Europa abalada pelas atrocidades cometidas pelos regimes nazi-fascistas, ensejando um despertar quanto à ameaça representada pelo legislador que, em decorrência da forte influência provocada pelo positivismo jurídico, abusava de seu poder de criação do “direito”.

Em uma resposta a esses abusos cometidos pelos regimes totalitários, o que se constatou foi a queda dos Parlamentos seguida do fortalecimento das cortes constitucionais. Conforme assevera Barroso (2011), tem-se a passagem do *Estado legislativo de direito* para o *Estado constitucional de direito*. Este período é um verdadeiro divisor do constitucionalismo, pois, a partir daí as constituições, além de passarem a ter força normativa - deixando de ser meras promulgações políticas - , passam à centralidade do ordenamento jurídico e a instituir limites aos conteúdos da legislação infraconstitucional.

Foi justamente em decorrência desta mudança de paradigma no que concerne ao tratamento dado às constituições que se teve o apogeu das cortes constitucionais e das supremas cortes, na medida em que compete a estas instituições a interpretação final das normas constitucionais, bem como o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos.

É interessante perceber que o *judicial review* é uma antiga tradição na experiência norte-americana, ao passo que na Europa continental este só se constata tardiamente, conforme narrado acima, em meados do século passado. Isso se deve, principalmente, à forte tradição do Parlamento naquele continente e também ao fato de que, até então, às constituições não era atribuída força normativa.

A realidade do Brasil, no que se refere ao fortalecimento da jurisdição constitucional em muito se aproxima da experiência vivida pela Europa continental



no pós-guerra. Isso porque, na experiência brasileira, a queda do regime militar, seguida pela redemocratização foi a mola propulsora para o fortalecimento da nossa suprema corte, guardiã da constituição. Nos dizeres de Araújo e Leite (2012, p. 204):

na história recente a queda de regimes totalitários tem sido seguida pela implementação e/ou fortalecimento de órgãos de jurisdição constitucional, como se verifica em países como Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, assim como em alguns países na América Latina após a derrubada dos governos militares, contexto no qual se insere a projeção do STF no Brasil pós-88.

O que se constata é que as graves violações aos direitos humanos, aquelas perpetradas à época do nazismo/fascismo e aquelas ocorridas nas ditaduras militares dos países da América Latina chamaram a atenção para a necessidade de se criar um meio de controlar os abusos perpetrados pelo legislador (e pelo executivo). Essa virada no constitucionalismo, em que se tem as constituições como normas jurídicas, com força vinculante, conjugado com a invalidação de leis e demais atos normativos que não estejam de acordo com a norma constitucional, veio como esse mecanismo de controle de abusos.

Insta trazer à baila que essas recentes constituições, diferentemente da norte-americana, são norteadas pela ideologia do Estado Social, o que implica dizer que têm em seu bojo direitos de cunho prestacional e diretrizes programáticas vinculantes, diante das quais devem se curvar as políticas públicas do Estado.

Evidentemente, este Estado constitucional de direito, pautado em um constitucionalismo social, só poderia desaguar no fortalecimento do Poder Judiciário, em especial das cortes constitucionais e das supremas cortes. Das transformações advindas deste novo modelo de constitucionalismo destacam-se, conforme enumerado por Sarmiento (2012), o reconhecimento da normatividade dos princípios, a superação do formalismo, a filtragem constitucional (constitucionalização do Direito), a reconciliação do Direito com a Moral, e a judicialização da política e das relações sociais, transferindo o poder decisório de outras instâncias para os tribunais. Quanto a esta última, esclarece-se que será analisada em apartado, a seguir, sendo a judicialização da política o objeto deste estudo.



Por derradeiro, pode-se dizer que no cenário atual, levando-se em conta a relevância dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional segue fortalecida não apenas por darem a palavra final quanto à interpretação da Constituição e desempenharem o *judicial review*, mas também por serem das cortes constitucionais e supremas cortes cada vez mais demandas a efetivação e implementação daqueles direitos.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

*Ab initio*, importa ressaltar que a chamada judicialização da política, bem como das relações sociais, consiste em um fenômeno de escala global, não se limitando ao contexto da jurisdição constitucional brasileira. Ainda, faz-se interessante salientar que diversas são as atribuições dadas a essa expressão ou, em outras palavras, esta possui diversas aplicações e dimensões sendo, frequentemente, utilizada para se referir à provocação do Estado-juiz para implementação de políticas, mormente no que concerne à efetivação dos direitos sociais. São exaustivas as discussões não só no cenário nacional acerca, por exemplo, da judicialização da saúde e da implementação de políticas educacionais.

Cumprе esclarecer que abordar-se-á neste trabalho de pesquisa uma dimensão do fenômeno conhecida por *judicialização* da “megapolítica” ou “política pura”, traduções dos termos originais *judicialization of mega-politics* ou *judicialization of pure politics*. Essas são expressões cunhadas por Ran Hirschl, professor de Ciência Política e Direito na Universidade de Toronto, para designar a transferência para os tribunais, sobretudo cortes constitucionais e supremas cortes, de temas de natureza e sentido puramente político, os comumente chamados no âmbito do constitucionalismo político de desacordos morais razoáveis – questões polêmicas que, não raras vezes, chegam a dividir comunidades inteiras.

Conforme narrado no item anterior, aponta-se a judicialização da política como uma das transformações desencadeadas pelo movimento do neoconstitucionalismo, o que não poderia ser diferente. Toda a construção da recente noção que se tem acerca das constituições – a força normativa que lhes é atribuída e a centralidade que adquiriram – desaguaram no fortalecimento das cortes



guardiãs da carta maior. Além disso, todo esse resguardo pelos preceitos da norma constitucional e poder de implementação dos direitos fundamentais, por influência da doutrina da efetividade, tornaram as supremas cortes verdadeiros órgãos decisores equiparados às instâncias representativas fazendo, inclusive, com que os votos proferidos pelos membros desses tribunais se assemelhassem a verdadeiros discursos políticos.

Sobre esta mudança de paradigma, vale destacar as lições do professor da Pontifícia Universidade Católica da Argentina, Luis María Bandieri (2012, p. 335):

la transformación posmoderna de la idea de constitución concibe a ésta como el derecho supremo, que sujeta todo lo jurídico, y que a la vez encarna la única supremacía política. La justicia constitucional, entonces, como ejecutora y protectora de aquella supremacía, jurídica y política, aunque sus decisiones se tomen en un proceso constitucional y bajo la forma técnica de una sentencia, se convierte en una suprema instancia política.

Esta passagem, extraída de um trabalho desenvolvido por um cientista argentino acerca da jurisdição constitucional e sua relação com a democracia agasalha, não só a noção de supremacia política exercida pelas supremas cortes, como confirma a fato da judiciliazação da política ser um fenômeno além de nossas fronteiras.

Antes de se discutir a judicialização *per se* e suas implicações, insta trazer a imprescindível distinção entre esta e o ativismo judicial. Frequentemente faz-se referência a estes dois fenômenos como se tivessem a mesma natureza ou se tivessem entre si algum tipo de relação gênero-espécie, ou até mesmo referem-se a eles como se sinônimos fossem. Não obstante tal falta de clareza ou mesmo ausência de distinção, verifica tratar-se de manifestações de natureza completamente diversa.

## 2.1 Judicialização vs. Ativismo Judicial

A judicialização consiste em um fenômeno de ordem política e sociológica, o que implica dizer que é contingencial e que seus níveis apresentarão variação ao longo das transformações da sociedade. Em outras palavras, quanto menor for o



grau de litigiosidade e maior for a atuação do Legislativo e demais instituições, regulando as relações sociais, menores serão as chances de se demandar do Judiciário a composição de conflitos. O que se conclui é que a judicialização independe da vontade do órgão judicante, haja vista o princípio da inafastabilidade. Uma vez acionado, o Poder Judiciário não poderá eximir-se do provimento jurisdicional. Em síntese, este fenômeno é tendente a diminuir na medida em que os outros poderes participem ativamente dos importantes processos decisórios, i.e., quanto mais aprimorado for o procedimento democrático na sociedade.

Noutro giro, o ativismo judicial consiste em ato volitivo do Poder Judiciário quando da interpretação da norma. Sendo uma questão interpretativa, o ativismo encontra seu lugar, segundo Tomaz de Oliveira et al. (2012), na teoria do direito (e da Constituição), não mais na Ciência Política e na Sociologia, devendo ser enfrentado com ferramentas da hermenêutica jurídica.

Uma vez sedimentada essa necessária distinção, passa-se a enfrentar as implicações do importante fenômeno da *judicialização da megapolítica*.

## **2.2 A judicialização da “Megapolítica” (“Política Pura”)**

Diferentemente da judicialização da política consistente na provocação do Judiciário na busca pela implementação de políticas públicas (*policies*), por influência da doutrina da efetividade, a judicialização da megapolítica consiste na transferência para os tribunais das decisões que representam verdadeiros dilemas morais nas sociedades, discussões polêmicas cujo fórum adequado para deliberação seria o Parlamento.

Diversos são os exemplos de episódios em nossa recente história que ilustram a judicialização dos desacordos morais razoáveis. No plano internacional, podem ser citadas as decisões das supremas cortes dos Estados Unidos, ao definir a eleição em 2000; de Israel, sobre a possibilidade de se construir um muro na fronteira com a Palestina; da Turquia, destinadas a conservação do Estado laico, em detrimento das investidas do fundamentalismo islâmico; e da Coreia, em que a corte constitucional restituiu o mandato de presidente que havia sido destituído por *impeachment*, dentre centenas de outras grandes decisões. No plano nacional,



destacam-se os casos de definição de regras para a demarcação de terras indígenas, como no caso da Raposa Serra do Sol; a ADI 3510, em que foi declarada a constitucionalidade da pesquisa em células-tronco embrionárias; as ADI 4277 e ADPF 132 em que restou reconhecida a união estável entre casais homoafetivos; e a ADPF 153, arguida pelo Conselho Federal da OAB, colocando sob apreciação da suprema corte a lei de Anistia no tocante aos crimes conexos.

Todas essas e diversas outras questões políticas que configuram os chamados desacordos morais razoáveis têm sido administradas como questões puramente jurídicas e, por consequência, as supostas soluções para os casos têm sido demandadas dos tribunais e não dos atores políticos, que são os representantes do povo. Este fenômeno de deslocamento de poder decisório causa uma fissura na separação funcional dos poderes e, sobretudo, abala a instituição democrática do país.

Sobre essa necessidade de respeito à soberania popular e importância da não transferência das decisões entre os poderes, vale destacar os ensinamentos de Hirschl (2006, p.9):

questões como a legitimidade de um regime político, a identidade coletiva de uma nação, ou o enfrentamento de um passado do qual a comunidade não se orgulha refletem dilemas que são primordialmente morais e políticos — e não jurídicos. Como tais, eles devem — ao menos por questão de princípio — ser contemplados e decididos pela própria população, por meio de seus representantes eleitos e politicamente responsabilizáveis.

Conforme mencionado no fragmento colacionado acima, os dilemas morais e políticos devem ser enfrentados pela população, seja diretamente seja por meio de seus representantes. Essa afirmação vai ao encontro da noção de soberania popular. A soberania, entendida como o “poder de mando de última instância” (BOBBIO, 1998), constitui um dos princípios fundamentais da República Brasileira, estando inserida no inciso I, do artigo 1º da nossa Constituição. Ato contínuo, o parágrafo único deste mesmo artigo preleciona: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Esse dispositivo traz em seu bojo a mais plena noção de que a



representação é o que legitima a democracia contemporânea, na medida em que funciona como um meio de exercício da soberania.

Neste diapasão, pode-se afirmar que a judicialização da megapolítica representa um risco para a democracia representativa uma vez que esse deslocamento do poder decisório prejudica o processo de deliberação aberta, no fórum adequado, diminui a responsabilização política dos representantes eleitos perante seus representados e pior, muitas vezes, a decisão judicial termina por acirrar ainda mais a polêmica que divide a sociedade, não havendo qualquer solução concreta para a questão que fora tecnicamente tratada.

Nessa toada, conforme esclarecido no item anterior, vale repetir que a judicialização é um fenômeno contingencial e não consiste em um ato volitivo do Poder Judiciário, valendo ressaltar ainda que o judicial *review* torna a judicialização um efeito do próprio desenho institucional. Entretanto, onde houver um Legislativo e um Executivo atuantes e, mormente, onde houver ampla deliberação sobre questões que dividem dada comunidade nos fóruns mais adequados para tal, menor será a ocorrência da judicialização da política. Logo, verifica-se que a disfunção dos órgãos políticos é a mola propulsora para a afirmação dos tribunais.

Dentre as causas apontadas para o fenômeno da judicialização da política, segundo Barroso (2011), a primeira delas seria a própria ascensão institucional do Judiciário, seguida da crise de representatividade e a desarticulação dos Parlamentos; e, por último, teria a judicialização como causa o fato dos próprios atores políticos preferirem esta transferência do poder decisório para arena judicial como forma de se eximirem das discussões polêmicas, o que poderia fazê-los perder votos ou terem qualquer outro prejuízo relacionado ao jogo político.

No que concerne às críticas feitas ao fenômeno da judicialização da política pura a primeira e mais contundente é justamente o questionamento quanto à legitimidade democrática dos membros dos tribunais, por não terem sido eleitos pelo voto popular. Uma segunda crítica, e esta também gera consequência graves ao processo democrático, diz respeito ao tecnicismo inerente ao discurso jurídico, o que o torna inacessível às pessoas em geral. Além da dificuldade da linguagem, o local dos julgamentos *per se*, não tem ambientação propícia para a deliberação, nas palavras de Barroso (2012, p. 375):



a primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema.

Por fim, uma outra crítica direcionada à judicialização da política diz respeito à penetração no órgão judicante de excessiva carga emotiva, local onde deveria se primar pela razão. E o que se acaba constatando é a substituição da racionalidade e da argumentação jurídica por discussões acirradas típicas das negociações parlamentares.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, o que se está a dizer é que, malgrado o papel de proteção e promoção dos direitos fundamentais e, mais, não obstante o caráter contramajoritário atribuído às supremas cortes e cortes constitucionais, e que, sabidamente, a proteção das minorias integre o sentido contemporâneo de democracia, ainda assim, a judicialização dos dilemas morais da sociedade enfraquece o ideal democrático. Esse enfraquecimento se justifica pelo simples fato do Parlamento ser o fórum adequado para a discussão de desacordos morais razoáveis, seja em razão da soberania popular, seja em razão de sua própria estrutura.

O fato de o Judiciário deter a palavra final quanto à interpretação da Constituição não lhe confere primazia no tocante ao poder decisório. A seguir, será explorada a noção de *capacidades institucionais*, a partir da qual se busca conter o avanço da atuação do órgão judicante, sob o argumento de que cada Poder estará melhor habilitado a produzir decisões mais adequadas de acordo com a matéria que lhe é apresentada.

### **3 O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS**

A expressão “capacidades institucionais” tem aparecido frequentemente no debate constitucional brasileiro para se referir à tomada de decisão pelo Judiciário em detrimento de outras instituições, especialmente instituições políticas ou aquelas em que se tenha, *in casu*, melhor expertise. Sob esse prisma, a noção de



“capacidades institucionais” surge como que um mantra para criticar a postura ativista do Judiciário brasileiro, em situações em que deveria imperar a autocontenção deste Poder. Esta crítica ora se funda nas limitações impostas pelo próprio arranjo institucional do Judiciário, - aqui em uma tomada reducionista a expressão deve ser compreendida pelas atribuições que lhe foram dadas pelo constituinte -, ora na expertise atribuída a outras instituições o que, por sua vez, propicia uma decisão mais acertada. Portanto, o que se percebe é que a expressão, utilizada sem muitos critérios, pretende, em linhas gerais, fazer referência às habilidades e limitações do Judiciário quanto ao seu poder decisório.

A fim de sofisticar esse debate, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, pesquisadores da FGV Direito-Rio, apresentaram, em 2011, um trabalho intitulado O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo.<sup>3</sup> Nesse artigo, os autores apresentam o argumento das capacidades institucionais à luz dos estudos desenvolvidos pelos americanos Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule (ambos docentes em Harvard Law School) na obra *Intepretations and Institutions*.

A seguir, passa-se a tratar do argumento das capacidades institucionais conforme apresentado por Arguelhes e Leal.

Insta destacar, *prima facie*, aquilo que se define como a estrutura geral do argumento (2011, p. 2):

é certo que o Judiciário pode dar alguma resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar. Instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras – segue o argumento – estariam em condições de oferecer, no geral, respostas *melhores* do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir.

Essa definição do argumento deixa claro que a noção de capacidades institucionais, no âmbito do Judiciário, faz menção à orientação a uma postura mais autocontida em situações que se exijam maior expertise técnica da instituição.

---



### 3.1 Filtragem conceitual

Apresentada essa estrutura geral, passa-se à importância da filtragem conceitual, isto é, de uma delimitação daquilo a que se refere quando se recorre à expressão “capacidades institucionais”. Ao contrário do que se possa pensar, defendem os autores que eles não têm a intenção de trazer uma espécie de *manual* de como se utilizar corretamente a expressão, apenas objetivam apresentar um argumento que se comprometa com os méritos e deméritos das diferentes instituições públicas em um dado arranjo.

Enfatizam Arguelhes e Leal (2011) que a ausência de uma definição clara do conceito pode conduzir a um uso banal, redundante ou absurdo da expressão.

Segundo os autores, um emprego banal da expressão se dá quando utilizada para ressaltar a diferença entre a dimensão ideal e a dimensão real, ou “entre as condições fáticas que são simplesmente assumidas no campo do ideal, mas que não necessariamente são encontráveis na realidade, e a realidade”. Em outras palavras, faz-se um uso banal da expressão quando ela é utilizada como um mero instrumento para se salientar que há grande hiato entre teoria e prática. Obviamente essa discrepância entre o ideal e o real estará presente em qualquer teoria normativa. O argumento à luz dos estudos desenvolvidos por Sunstein e Vermeule e incorporados por Arguelhes e Leal (2011) inova na medida em que nos permite desmistificar a dimensão ideal, fomentando a escolha pela “segunda melhor” teoria, isto é, aquela que no plano prescritivo não é a melhor, mas que, sob determinadas condições fáticas, concebe melhores resultados. Trata-se de uma despolarização do simples ideal *versus* real.

No que concerne à redundância, esta ocorre quando se faz uso da ideia de capacidades institucionais simplesmente com um intuito de fazer menção a elementos como “separação de poderes”, “dificuldade contramajoritária” ou “discricionariedade técnica”. Para os autores, a referência às capacidades institucionais nesses casos torna-se inócua, de baixa relevância, haja vista não trazer um diferencial ao debate. Citam como exemplo desse uso redundante da expressão: “O Poder Executivo tem mais *capacidade* institucional para representar o país junto à comunidade internacional” (ARGUELHES ; LEAL 2011, p. 30). Percebe-



se que nessa passagem a expressão poderia ser substituída por “competência”, sem prejuízo de sentido, o que comprova que o uso da expressão não trouxe qualquer novidade ao discurso, tendo sido utilizada apenas para fazer menção ao desenho institucional formalizado na Constituição. Nesta toada, as assertivas acerca da falta de expertise técnica do Poder Judiciário para decidir questões complexas, no sentido daquele Poder ter menos capacidade institucional, seria também, segundo os autores, um uso redundante da expressão, vez que não passa de comparação entre competências institucionais, e o argumento por eles defendidos vai além disso.

Portanto, defendem os pesquisadores que, toda vez que o uso da expressão capacidades institucionais puder ser substituída por outras similares sem perda substancial de sentido, estar-se-á diante de um uso redundante da mesma. Noutra giro, o argumento por eles apresentado contém premissas básicas de legitimidade e não se restringe a uma simples referência ao arranjo institucional estabelecido pelo texto constitucional.

Por fim, usos absurdos da expressão “capacidades institucionais” se dariam por aqueles descomprometidos com as normas que estabelecem as instituições já existentes. A título de exemplo, citam os autores a possibilidade de que seja “muito melhor para o país atribuir o processo de impeachment ao Supremo Tribunal Federal, e não às duas casas do Congresso Nacional”. Incorre em uso absurdo da expressão quem se pauta em um raciocínio prático-consequencialista, sem qualquer comprometimento com as normas vigentes. Neste ponto, vale destacar a ressalva feita pelos autores quanto à orientação do argumento:

se é verdade que o argumento das capacidades institucionais exige a adoção do consequencialismo como premissa, também é verdade que ele não se confunde com a mera adoção irrestrita do raciocínio consequencialista em toda e qualquer situação. Afinal, não se trata de um argumento para *reforma* institucional livre de qualquer restrição jurídica, mas sim para alocação de poder no exercício da função jurisdicional dentro do marco institucional existente nos casos em que a resposta não está claramente determinada por normas jurídicas. (ARGUELHES ; LEAL, 2011, p. 34)

A configuração do absurdo, em outras palavras, se dá por aqueles adeptos do consequencialismo puro que, ignorando o direito vigente, invocam uma suposta capacidade institucional como forma de justificar uma ideologia consequencialista



radical, i.e, em que a obediência à norma só convém quando levar às melhores consequências.

### 3.2 Contextualização e natureza do argumento

Insta salientar que todo esse raciocínio argumentativo fora desenvolvido em expressa relação com o Poder Judiciário, o que implica dizer que se trata, mediamente, de um estudo sobre a decisão judicial. Neste diapasão, torna-se interessante pensar as teorias da decisão judicial justamente como estudos acerca dos mecanismos de alocação de poder entre instituições, de maneira a atribuir ao Judiciário somente àquelas decisões que de fato lhes compete.

Esclarece-se que o argumento das capacidades institucionais tem como pressuposto a concepção de separação de poderes e de desenho institucional, em que diferentes funções são direcionadas aos entes que melhor puderem exercê-las. Portanto, tem-se que especialização é o elemento chave e que a Constituição, sob essa ótica, é quem distribui as competências.

Ocorre que essa ideia de especialização e de adequada alocação de poderes é um ideal. De certo, o desenho inicial desempenhará e deve desempenhar fundamental papel na orientação das atribuições de competência. Entretanto, é inegável a ocorrência de tensões interinstitucionais, em que se deverá apontar qual instituição deverá prevalecer como melhor tomadora da decisão. E é justamente neste ponto que o argumento entra em cena, como um referencial na tentativa de manter a coerência do sistema pré-estabelecido e, ao mesmo tempo, conduzir à melhor decisão. Sobre a natureza do argumento, vale destacar:

o argumento das capacidades institucionais é essencialmente um argumento de natureza constitucional que conjuga entre os seus pressupostos um tipo de leitura funcionalista da divisão de poderes com os ideais regulativos de unidade do poder estatal e de compromisso interinstitucional em torno de fins constitucionalmente estabelecidos. (ARGUELHES ; LEAL, 2011, p. 14).

Ainda sobre a proposta de harmonização do argumento, apontam os autores que este opera como um instrumento a serviço da eliminação de redundâncias e ambiguidades do nosso desenho institucional.



### 3.3 Pressupostos metodológicos do esquema argumentativo

Destacada sua natureza e introduzida a sua proposta, a fim de legitimar e validar o argumento por eles sustentado, os autores apresentam seus pressupostos metodológicos, quais sejam: o consequencialismo, a estratégia do “second-best” e os efeitos dinâmicos e comparações institucionais. Passa-se adiante à análise destes elementos que representam, segundo os autores, condições *sine qua non* para a organização e sustentação do argumento.

O consequencialismo parte da ideia de que se deve optar por uma teoria ou alternativa de decisão levando-se em conta as consequências por ela produzidas, seja em via direta, seja indiretamente.

Obviamente, ilidindo o raciocínio pautado no consequencialismo puro, o que ocasionaria um uso absurdo do argumento, vez que este se descompromete com as normas vigentes, o que os autores propõem é que se obedeça ao direito positivo. Em outras palavras, recorrer a esse argumento somente será útil quando o direito positivo não apresentar uma solução satisfatória quanto à alocação do poder de decisão entre as instituições. Não se trata, portanto, de uma busca irrestrita, descomprometida com o Direito, pela escolha da instituição que trará as melhores consequências a cada decisão.

No que concerne à estratégia do “second-best”, Arguelhes e Leal (2011) trazem à baila a análise feita por analogia com o pensamento econômico, proposta no trabalho original, de Sunstein e Vermeule.

Estes pesquisadores observaram que, devido ao abismo entre as dimensões ideal e real, não se deve buscar a máxima eficiência com base em um “ideal regulatório” (“first best”), mas sim adotar estratégias pautando-se em teorias que não levem em consideração resultados que pressupõem condições ideais, i.e., adotar estratégias de segunda ordem. Para a formulação do argumento das capacidades institucionais, malgrado seu caráter teórico-normativo, a aproximação do concreto ao plano ideal não só é desimportante como se faz irrelevante. Isso porque o que se propõe não é buscar a melhor decisão tendo-se como parâmetro a dimensão ideal, mas sim buscar uma tomada de decisão que seja a mais adequada e menos falível possível, buscando a melhor eficiência.



Conforme já explanado, segundo os autores, a ênfase dada à discrepância entre as dimensões ideal e real conduziria a um uso banal do argumento das capacidades institucionais, em detrimento do fim útil a que se propõe.

Ainda no que concerne aos pressupostos metodológicos do argumento, tem-se os chamados *efeitos dinâmicos* das decisões e posturas judiciais. Parte-se da premissa de que quem sustenta o argumento das capacidades institucionais deverá, necessariamente, valorar os métodos de decisão e posturas judiciais no tocante aos efeitos provocados ao longo do tempo pelas escolhas emanadas por dada instituição.

Interessante abordagem sobre os efeitos dinâmicos é feita pelo professor e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em uma passagem em que trata da hegemonia do Judiciário. *In verbis*, Barroso (2012, p. 374):

Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. (...) Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. (destaques acrescentados)

A partir da leitura do trecho supracolacionado, percebe-se que uma postura mais autocontida do Poder Judiciário pode evitar que esses efeitos dinâmicos (também denominados efeitos sistêmicos) causem grandes impactos, especialmente no orçamento público. O que implica dizer que valorar a decisão judicial a partir dos seus efeitos sistêmicos, vai totalmente ao encontro de uma estratégia de *second-best reasoning*, que por sua vez faz parte de um raciocínio consequencialista.

Em outras palavras, ainda que a decisão não seja a mais aproximada do que o estabelecido no plano ideal, será a mais acertada ao caso concreto e, também, levando-se em conta suas consequências e os impactos a longo prazo.



Portanto, nota-se que os pressupostos metodológicos do argumento estão intimamente interligados, fazendo com que aquele que endosse um, necessariamente endosse os outros.

### 3.4 O argumento em ação

Ao tratarem da operacionalização do argumento, os pesquisadores da FGV-Rio introduzem os fatores subjetivos e objetivos que afetam a capacidade de dada instituição. No tocante aos primeiros, trata-se da imagem da instituição perante as demais e perante os cidadãos. Isso implica dizer que a reputação social de uma instituição influi em seu grau de confiabilidade, o que, por sua vez, determinará sua capacidade na busca das melhores decisões. Noutro giro, quanto aos fatores objetivos, medem-se as capacidades institucionais a partir do arranjo institucional desenhado e, também, levando-se em conta a reunião de elementos físicos disponíveis para que dada instituição possa desempenhar as suas funções.

Todavia, por acreditarem que essas observações não se mostram satisfatórias no que pertine à determinação das capacidades de diferentes instituições, os autores sugerem uma divisão dos fatores objetivos em dois grandes grupos: das capacidades funcionais e das capacidades materiais. As primeiras dizem respeito ao “arranjo dentro do qual operam”, às atribuições as quais lhe foram incumbidas e às “capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores (por ex., juízes, para o Judiciário, e deputados e senadores, para o Legislativo federal)”. Por outro lado, toda instituição é dotada de capacidades materiais, as quais se relacionam ao “aparato técnico-administrativo que a integra” e aos recursos de que dispõe para que dê efetividade às suas funções e realize transformações. Conforme prelecionam Arguelhes e Leal (2011, p. 38):

as capacidades institucionais materiais se referem, assim, a elementos como a estrutura física, a quantidade e formação do corpo funcional de apoio (assessores, escreventes, técnicos etc.), o orçamento disponível e tudo o mais que diga respeito à estrutura administrativa da instituição.

Propõem, por fim, uma subdivisão das capacidades institucionais funcionais em capacidades jurídicas e capacidades epistêmicas. Aquelas referem-se



diretamente ao “conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição”, (ARGUELHES ; LEAL, 2011, p. 38), isto é, aos limites de legitimidade, de juridicidade, das escolhas. Estas, por sua vez, dizem respeito às habilidades de cognição; das condições de assimilação, obtenção, organização, compreensão e processamento de dados pelos atores de dada instituição. Vale dizer, realizar uma análise das capacidades epistêmicas de uma certa instituição implica analisar se seus atores são dotados de um arcabouço cognitivo capaz de fundamentar suas escolhas.

É sabido que diferentes instituições sejam capazes de oferecer decisões divergentes para uma mesma questão. Ademais, sabe-se que é impossível afirmar, categoricamente, que determinadas questões devam sempre ser analisadas, necessariamente, por dada instituição porque esta supostamente sempre daria as respostas mais apropriadas. É justamente essa a razão pela qual se tem a insurgência dos focos de tensão interinstitucionais.

Neste diapasão, uma forma legítima de se orientar a composição desses focos de tensão, buscando escolhas que tendam a menor falibilidade possível e menos custos decisórios, é a comparação dos méritos e deméritos entre as instituições, a fim de se encontrar aquela que seja a mais capacitada para dadas situações.

À guisa de ilustração dessas frequentes tensões interinstitucionais, em recente declaração sobre o Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), Renan Calheiros, presidente do Senado, manifestou-se contrário à ordem emanada pelo Executivo, sob alegação de que esta deveria ter sido uma decisão do Congresso, *in verbis*:

Sempre defendi a ampliação popular, mas não é aconselhável que se recorra a um decreto para tal (...) Quem representa o povo é o Congresso Nacional e, por este motivo, o ideal – (...) – é que a proposta seja enviada através de um projeto de lei ou mesmo através de uma medida provisória para que seja aqui aprimorada, para que possa receber as insubstituíveis colaborações e aprimoramentos dos deputados e dos senadores, completou Renan.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/renan-pede-que-dilma-recue-sobre-conselhos-populares>.



Ainda a título exemplificativo, no tocante à polêmica batalha travada entre Anvisa e Congresso sobre a suspensão da comercialização de inibidores de apetites, o diretor da agência reguladora considerou “desastrosa a decisão do Congresso, que tratou politicamente um assunto técnico.” Essa recente declaração refere-se ao fato de o Congresso ter liberado a venda de medicamentos cuja circulação estava proibida, desde 2011, por uma resolução da Anvisa, que exigiu a retirada dos mesmos do mercado, por terem comprovado o risco que causam à saúde.<sup>5</sup>

Interessante perceber que esses discursos, em uma análise despida de qualquer valoração política, demonstram claramente esse choque interinstitucional, descrito pelos autores, o qual se pretende reduzir a partir de uma leitura útil do argumento ora em comento.

Por derradeiro, o argumento das capacidades institucionais surge em todo este contexto como uma “aposta”, nas palavras dos autores, no sentido de não representar apenas mais uma teoria normativa como tantas outras. Ainda que seja uma teoria e ainda que esteja no plano prescritivo, seus pressupostos são muito plausíveis, tornando-a capaz de indicar soluções para, ao menos, reduzir as tensões interinstitucionais. E, mormente, orientar concretamente acerca da relevância da análise das conseqüências decorrentes de decisões tomadas por instituições inadequadas.

Insta ressaltar, por fim, que, tendo em vista que o objetivo deste trabalho é desenvolver a tese do resgate das capacidades institucionais do Legislativo, com o fim precípua de se aprimorar a democracia, considerou-se oportuno o estudo do esquema argumentativo com enfoque nas decisões judiciais, já que se propõe esse resgate por meio da desjudicialização da política.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/09/anvisa-vai-exigir-testes-para-aprovar-venda-de-inibidores-de-apetite.html> e <http://revistaforum.com.br/digital/143/camara-x-anvisa-polemica-dos-inibidores-de-apetite-2/>



#### 4 A IMPORTÂNCIA DA REDIGNIFICAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Jeremy Waldron, docente na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, em sua obra “A dignidade da legislação” (2003, apud VICTOR, 2013), provoca reflexões acerca da retomada do Poder Legislativo no centro do debate da teoria constitucional. Para o filósofo do direito, é de fundamental importância que não apenas os chamados argumentos de política (*policies*), as metas sociais, sejam tratados na arena político-representativa, mas também os chamados argumentos de princípios, aquelas questões ligadas aos direitos fundamentais que conduzem a dilemas de ordem moral. Para Waldron (apud VICTOR, 2013, p. 124):

as pessoas que lutaram pela democracia não estariam brigando apenas pela possibilidade de participar de decisões sobre políticas públicas, mas também sobre as questões morais mais profundas que lhes dizem respeito e sobre as quais discordam.

É neste ponto que a teoria de Waldron diverge da teoria de Dworkin. Para este último, os tribunais representam o “fórum do princípio”, devendo ser entendido neste contexto como o *locus* adequado para a deliberação dos desacordos morais razoáveis das sociedades plurais modernas. Para Jeremy Waldron, construir esta imagem idealizada do juiz e separar as *policies* (políticas públicas, metas sociais) dos princípios (questões de desacordos morais) não apenas se mostra inócuo, como também representa uma certa visão elitista e de rejeição do constitucionalismo contemporâneo em relação às instâncias representativas. Segundo este professor de filosofia política, é muito importante que se resgate o papel do Poder Legislativo, já que há uma hipervalorização da atividade julgadora e da interpretação das normas, e uma ênfase nas críticas voltadas à atividade legislativa e ao ceticismo quanto à representatividade. “Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial” (WALDRON, 2003, p. 1).

Portanto, esse convite à redignificação do Poder Legislativo deveria ser estimulado já nas academias, de maneira a se fomentar reflexões sobre a importância dessa instituição na consolidação e aperfeiçoamento da nossa



democracia. Assim como se estuda a importância do Poder Judiciário para promoção e proteção dos direitos fundamentais e salvaguarda dos direitos da minoria, faz-se fundamental termos uma nova mudança de paradigma, no sentido de resgatarmos a importância da atividade legiferante, da importância da segurança jurídica advinda desta e, sobretudo, de se fomentar a participação popular, seja diretamente, seja por meio de seus representantes, como forma legítima de se decidir os desacordos morais das sociedades plurais modernas.

Nessa toada, é importante destacar que a regra da maioria, por mais criticada que seja, especialmente pelo viés tirano que possa adquirir, continua sendo o melhor critério no tocante à tomada de decisões nos Estados democráticos, sendo o mesmo utilizado para a tomada de decisão tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, quando da contagem dos votos. Por isso, o que legitima a democracia representativa é a capacidade de participação no processo decisório, ainda que a decisão final vá de encontro às expectativas do participante. Vale ressaltar que a adjudicação das questões morais não representa nenhuma garantia de solução adequada e satisfatória, ao contrário, muitas vezes poderá dividir ainda mais os jurisdicionados, aos quais não lhe fora dada a oportunidade de efetiva participação no processo decisório.

Sobre os riscos da contínua submissão dos direitos fundamentais ao controle de constitucionalidade, preciosas são as lições de Jorge Octávio Lavocat Galvão (2010, apud VICTOR, 2013, p. 137):

[...] nesse tipo de sistema judicial, em matéria de fundamental importância para os cidadãos, as decisões finais cabem aos tribunais, órgãos não representativos e sem credenciais democráticas. Desse modo [...] em uma sociedade que realmente leva seus direitos a sério, existe bastante espaço para um desacordo moral honesto e de boa-fé entre os cidadãos a respeito de seus direitos fundamentais. Tais tópicos são normalmente complexos e controversos, e o consenso entre os filósofos consiste em não haver respostas definitivas para estas matérias. Assim, tendo em vista ser necessário eleger um procedimento para decidir estes casos, o processo democrático seria preferível.

Por derradeiro, o ponto chave está em encontrar a estrutura institucional que permita o agir coletivo, que permita a efetiva participação da população no processo decisório dos chamados desacordos morais razoáveis por meio da deliberação, de



forma a assegurar a soberania popular. A partir dessa análise, feita à luz do argumento das capacidades institucionais, o Poder Legislativo, sendo aqui representado pelo Congresso, apresenta-se, por todo o exposto, como a instituição melhor capacitada a decidir questões que envolvam os dilemas morais da sociedade. Isso se justifica pela própria estrutura que lhe é conferida - entendendo-se aqui as capacidades funcionais e as capacidades materiais atribuídas às instituições -, mas principalmente por ser o Parlamento o *locus* adequado para se tomar decisões de maneira democrática.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pretendeu neste estudo, sem, porém, esgotar o tema, foi estimular uma reflexão, à luz do argumento das capacidades institucionais - desenvolvido por Cass Sunstein e Adrian Vermeule -, sobre a necessidade de se recuperar a dignidade da legislação, consoante proposto por Jeremy Waldron, por meio do estímulo ao processo deliberativo nos Parlamentos, realocando para arena legislativa o debate acerca dos desacordos morais razoáveis, os quais tem sido judicializados.

Acerca desse deslocamento de poder decisório sobre dilemas morais da arena político-representativa para o Judiciário – judicialização da *megapolítica* –, esclareceu-se suas causas, implicações e consequências, demonstrando-se a relevância de uma boa articulação interinstitucional para que se tenha uma governança democrática.

Por fim, o trabalho desenvolveu a noção da utilidade do argumento das capacidades institucionais, sobretudo, como forma de demonstrar a importância do tratamento adequado do processo decisório dentro do arranjo institucional de sociedades plurais modernas, como a brasileira, como forma de se aprimorar o modelo democrático utilizado, tendo como fundamento a soberania popular.



## THE RELEVANCE OF THE INSTITUTIONAL CAPACITY ARGUMENT ON THE STUDY OF THE DIGNITY OF LEGISLATION

### ABSTRACT

Among the various changes come with the new constitutionalism phenomena, the so-called judicialization of politics has been standing out, becoming current in the Brazilian constitutional debate. This process induces a relevant displacement from the Legislative and Executive branches to the Judicial Power. The emphasis on the Judicial Power is criticized due to its anti-democratic feature, once the decisions taken by judges are not legitimized by popular choice, contrasting the other powers, whose representatives are chosen by the population. This paper aims to bring about the relevance and singularity of the argument concerning the institutional capacities, developed by Sunstein and Vermeule, as a tool to improve the limits of decision-making of each institution, in a way to promote most accurate decisions. In view of this, the necessity to rebuild the dignity of legislation surfaces, as stoutly defended by Jeremy Waldron, throughout deliberative assembly, in parliamentary debates, in a way to transfer the debate concerning reasonable moral pluralism back to the Legislative arena. Thus, this literature review aims to provoke reflections over the importance of recovering the dignity of the Legislative Power, taking into account the fact that the Parliament is the appropriate *locus* to the decision-making process within the institutional design of modern plural societies.

**KEYWORDS:** JUDICIALIZATION OF POLITICS. INSTITUTIONAL CAPACITIES. DIGNITY OF LEGISLATION. DEMOCRACY

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, M. L. C. ; LEITE, G. S. . **Crise de identidade no STF: entre tribunal constitucional e suprema corte na proteção da ordem pública no Brasil.** *In:* George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais - Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Mendes Mendes.* 1ed.Salvador: Editora JusPodivm, 2012, v. 1, p. 189-222.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf). Acesso em: 06/2014
- BANDIERI, Luis María. *Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casaminento?* *In:* George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodium, 2012, v. 1, p. 333-362.
- BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos.* *In:* Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binbenbojm. (Org.). **Vinte anos da Constituição federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 27-63.
- \_\_\_\_\_, Luís Roberto. *In:* George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes.Salvador: Editora JusPodivm, 2012, v. 1, p. 363-406.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I.** tradução: João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.
- HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.* Publicado originalmente como "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide", **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 08/2014
- LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. *Política versus Direito: Real Desafio da Jurisdição Constitucional?* *In:* George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes.Salvador: JusPodium, 2012, v. 1, p. 417-428.



POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: Trajetória Histórica e Dilemas Contemporâneos. In: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodium, 2012, v. 1, p. 87-124.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; Pereira, Joaquim Eduardo ; FARIA, B. C. ; CURTOLO, C. M. L. ; VELUDO, M. S. ; TEODORO, L. . **A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação.** In: X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012, Curitiba-PR. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Brasil: Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, 2012. v. 1. p. 266-306. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 09/2014.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A Judicialização da Política e a Soberania Popular.** 2013. 126f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-15012014-102753/pt-br.php>. Acesso em: 07/2014

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito:** o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. Tese apresentada como requisito parcial para conclusão do Programa de Doutorado em Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/pt-br.php>. Acesso em: 09/2014

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges; revisão de Marina Appenzeller. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.