

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
ACADÊMICO**

**PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS: proposições a partir da  
análise de Matthias Klatt**

**Juiz de Fora  
2017**

**ALEXANDRE PASSOS VAN DE POL BRITTO**

**PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS: proposições a partir da  
análise de Matthias Klatt**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para obtenção do grau de Bacharel. Trabalho dentro da área de concentração Teoria do Direito sob orientação do Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cláudia Maria Toledo da Silveira

**JUIZ DE FORA  
2017**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**ALEXANDRE PASSOS VAN DE POL BRITTO**

### **PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS: proposições a partir da análise de Matthias Klatt**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para obtenção do grau de Bacharel. Trabalho dentro da área de concentração Teoria do Direito à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cláudia Maria Toledo da Silveira  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Gaspar Melquiades Duarte  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Aline Araujo Passos  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora,            de            de 2017

Dedico este trabalho a minha falecida mãe por me instruir e me motivar ontem e hoje; ao meu pai, por reforçar os meus princípios éticos; a minha tia Stela e minha amiga Vanessa pelo apoio incondicional ao meu progresso; ao meu namorado Sammuell, por sua dedicação, paciência e apoio emocional; a minha família por escolha por seu apoio moral, pela riqueza do debate e por estar pra mim, sempre, como porto seguro inquebrantável há já 20 anos: Rodolfo, Guilherme, Ana Paula, Bruno, Daniel, Alessandra, Ronald, Bruna e Gustavo (em ordem cronológica pra não dar briga); aos meus meios-irmãos maravilhosos que vejo crescer como abobrinhas saudáveis: Diogo, Fabiana e Gabriel; aos professores que me deram oportunidades, que me apoiaram e que me instruíram: Maíra Fajardo e Marcus Chein e, especialmente, Cláudia Toledo, por sua capacidade, paciência e dedicação; aos colegas de pesquisa e de debate; aos meus inumeráveis amigos que tive até aqui e guardo no peito; aos colegas de faculdade que cultivo hoje como amigos; e, por fim, aos esquecidos, aos falecidos e aos esporádicos “malucos-pensadores” da vida que trazem cor e emoção aquilo que cultivamos pela vida. E à vida, claro.

Agradeço à entropia por ter aqueles aos  
quais dedico este trabalho.

*“(...) n'admettons jamais comme cause de ce que nous ne comprenons pas quelque chose que nous comprenons encore moins” – Histoire de Juliette, ou les Prospérités du vice – première partie (1801)*

Donatien Alphonse François  
[Marquês] de Sade

## RESUMO

A ponderação desenvolvida por Robert Alexy é ferramenta relevante na solução das colisões principiológicas. Algumas destas ponderações, concernentes aos princípios formais, demandam esforços particulares para sua resolução, exigindo o desenvolvimento de parâmetros que auxiliem sua aplicação. Este trabalho revisita os parâmetros utilizados para a solução de colisão de competências desenvolvidos por Matthias Klatt em *Positive Rights* e a partir deles faz novas proposições. O objetivo específico deste trabalho, portanto, é aperfeiçoar os parâmetros de Klatt com a proposição de novos argumentos, tal como de novos parâmetros. Já como objetivo geral, busca-se contribuir para a solução do problema do ativismo judicial, uma vez que o refinamento destes parâmetros tende a contribuir para uma prática jurídica mais clara e informada. A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica e método dedutivo. Os resultados encontrados se dividem em duas etapas. A primeira foi a proposição de dois novos argumentos a serem considerados dentro do parâmetro da *legitimidade democrática*, quais sejam a *proteção do processo decisório e de suas condições democráticas* e a *proteção da legitimidade democrática no processo judicial*. A segunda foi a proposição de um novo parâmetro para o rol daqueles apresentados por Klatt, qual seja o parâmetro do *foro principiológico*. Concluiu-se que tanto os parâmetros de Klatt, quanto os desenvolvidos aqui, encontram relevância do ponto de vista teórico, ao permitir uma exposição analítica dos elementos abstratos envolvidos na ponderação, e do ponto de vista prático, ao contribuírem para a elaboração de revisão judicial sem que esta incorra em ativismo judicial.

Palavras-chave: Direito constitucional. Ponderação. Princípios formais

## ABSTRACT

The balancing developed by Robert Alexy is a relevant tool in the solution of the competing principles. Some of these balancing, regarding formal principles, require particular efforts to be solved, demanding the development of factors that help their claim. This work revisits the parameters used for the collision of competences developed by Matthias Klatt in Positive Rights and from them makes new propositions. The specific objective of this work, therefore, is to perfect the parameters of Klatt with the proposition of new arguments, such as new parameters. As a general objective, we seek to contribute to the solution of the problem of judicial activism, since the improvement of these parameters inclines to contribute to a clearer and more informed legal practice. The methodology used was a bibliographical review and a deductive method. The results are divided into two stages. The first was the proposition of two new arguments to be considered within the parameters of *democratic legitimacy*, namely, the *protection of the decision-making process* and its *democratic conditions* and the *protection of democratic legitimacy in the judicial process*. The second was the proposition of a new parameter for the role of those presented by Klatt, which is the parameter of the *principiological forum*. It was concluded that both Klatt's parameters and those developed here are relevant from a theoretical point of view, by allowing an analytical exposition of the abstract elements involved in the balancing, and from the practical point of view, by contributing to the elaboration of judicial review without incurring in judicial activism.

Keywords: Constitutional rights. Balancing. Formal principles



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 PARÂMETROS EM POSITIVE RIGHTS, WHO DECIDES?.....</b>	<b>15</b>
<b>3 NOVOS ARGUMENTOS AO PARÂMETRO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA .....</b>	<b>19</b>
<b>3.1 Proteção do processo decisório e de suas condições democráticas.....</b>	<b>20</b>
<b>3.2 Proteção da legitimidade democrática no processo judicial.....</b>	<b>22</b>
<b>4 NOVO PARÂMETRO: FÓRUM PRINCIPIOLÓGICO.....</b>	<b>25</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>31</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo foi desenvolvido a partir de uma metodologia de revisão bibliográfica e do método dedutivo, tendo como marco teórico a obra de Robert Alexy, Teoria dos Princípios. A justificativa do trabalho é o aperfeiçoamento da aplicação da fórmula do peso na busca de melhores soluções para os conflitos de competência que tem se tornado tão frequentes quanto maior tem sido o uso do judiciário para solucionar as demandas sociais. Para tanto, na seção “2”, farei breve resumo dos parâmetros apresentados por Klatt, seguindo com a apresentação de resultados na seção “3” com a exposição de novos argumentos ao parâmetro da legitimidade democrática e na seção “4”, com o desenvolvimento de um novo parâmetro para a ponderação de princípios formais com a posterior consideração destes resultados para a análise do ativismo judicial e da politização do judiciário.

Segundo a Teoria dos Princípios de Robert Alexy, há dois tipos de normas. Os princípios, que são mandamentos de otimização, e as regras, que se apresentam como mandamentos definitivos. Os princípios se diferenciam por seu objeto. Os objetos dos princípios materiais são determinados conteúdos, como a vida ou a liberdade de expressão, enquanto os princípios formais têm por objeto decisões jurídicas independentemente de seu conteúdo. Da solução de uma colisão entre princípios, mandamentos de otimização *prima facie*, obtém-se uma regra, mandamento definitivo, de acordo com a segunda lei de ponderação, denominada lei de colisão.

A partir destes conceitos, Klatt analisa diversas circunstâncias relevantes à ponderação de princípios formais, os quais, ao disciplinarem decisões jurídicas, fixam a autoridade ou o poder competente para toma-las. Esta análise permitiu o estabelecimento de parâmetros a serem considerados nas colisões de competências, orientando a solução deste tipo de caso concreto. O desenvolvimento de parâmetros mais acurados para a solução de colisões de competência contribui para a solução do problema do ativismo judicial, uma vez que ele se define pela atuação do judiciário para além de suas competências.

No artigo de Klatt, *Positive Rights: Who Decides? Judicial review in balance*, analisa-se mais detalhadamente uma espécie de ponderação particular, qual seja, aquela realizada na colisão dos princípios formais definidores das competências do Judiciário para a revisão judicial, e do Legislativo para legislar. Em outras palavras, a colisão dos princípios da *inafastabilidade do controle jurisdicional* e da *liberdade do legislador*. Contudo, segundo o

próprio autor, os parâmetros ali trazidos são de aplicação abstrata, sendo aplicáveis também em colisões entre as competências do Judiciário e do Executivo.

Na continuidade desses esforços, este trabalho se dispôs a novas análises e proposições. Os resultados deste trabalho se dividem em dois. O primeiro resultado diz respeito ao parâmetro da *legitimidade democrática* e se dá com a proposição de dois novos argumentos, quais sejam, o da *proteção do processo decisório e de suas condições democráticas* e o da *proteção da legitimidade democrática no processo judicial*. O segundo resultado diz respeito à proposição do parâmetro do *foro principiológico*, considerando para tanto a *posição hierárquica do foro revisor* e do *quórum da revisão judicial*, quanto a *posição hierárquica do princípio que enseja o corpo normativo que regula a situação de fato no sistema legal* e da *proximidade que as circunstâncias concretas estabelecem em relação a estes princípios*.

Assim, acredita-se na contribuição deste trabalho para a elaboração de análises críticas da revisão judicial e para a solução do problema do ativismo judicial como fenômeno jurídico atual no Brasil e no mundo.

## 2 PARÂMETROS EM POSITIVE RIGHTS, WHO DECIDES?\*

Klatt, com o objetivo de auxiliar no processo de se determinar a que autoridade cabe decidir, volta-se para o processo de determinação do peso dos princípios (KLATT, 2015, p.367) através da fórmula do peso (ALEXY, 2015, p.604). Para realizar essa determinação, utiliza-se de parâmetros que ilustram o processo de justificação externa<sup>2</sup> e que permitirão avaliar a intensidade de interferência que cada um dos princípios exerce sobre o outro em um caso concreto. A verificação da intensidade de interferência, em leve, moderada ou grave, é essencial à ponderação, pois ela constitui a justificação interna da ponderação<sup>3</sup>. Uma vez que se parte de argumentos circunstanciais para se mensurar a intensidade de interferência, é preciso analisá-los, podendo-se, então, determinar o que são parâmetros e o que são argumentos a eles relacionados.

Parâmetro é sinônimo de critério, ou seja, é referência para a tomada de decisão. Argumento é a razão que fundamenta determinada assertiva. Em outras palavras, os argumentos fundamentam ou refutam um parâmetro, tornando-o mais ou menos relevante na ponderação à medida que evidenciam a intensidade de interferência em uma competência.

O primeiro parâmetro apresentado por Klatt é a qualidade da decisão, para o qual ele enuncia: “Quão melhor for a qualidade da decisão primária, maior deve ser o peso aplicado à competência do tomador de decisão e mais grave é qualquer intervenção sobre essa competência pela revisão judicial”<sup>4 5</sup> (KLATT, 2015.p.367). A qualidade da decisão se afere a partir de sua capacidade de esclarecimento, ou seja, da quantidade e densidade de razões

---

\* A utilização da primeira pessoa do singular neste trabalho tem o propósito de separar as posições e conclusões do artigo trabalho de Klatt (2015) das posições e conclusões do próprio autor deste trabalho.

<sup>1</sup> Este trabalho foi elaborado a partir das discussões realizadas nas pesquisas “Direitos Fundamentais: Tema vértice do Debate Jurídico Contemporâneo” e “Controle Judicial de Políticas Públicas e Separação de Poderes”, ambos sob a orientação da Prof. <sup>a</sup> Dr. <sup>a</sup> Cláudia Toledo, bem como nos debates do grupo de pesquisa também por esta professora coordenado “Atual Judiciário - Ativismo ou Atitude: judicialização da política e politização do judiciário”.

<sup>2</sup> Esse processo de justificação externa é averiguado pela correção das próprias premissas, “mediante as regras (1) da argumentação prática geral, (2) da argumentação empírica, (3) da interpretação, (4) da argumentação dogmática, (5) do uso dos precedentes e (6) das formas especiais de argumentos jurídicos” (TOLEDO, 2005.p.56).

<sup>3</sup> “As regras de justificação interna verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na fundamentação, exigindo que se desenvolva o máximo de etapas possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem, no curso justificação, expressões cuja aplicação ao caso concreto obtenham o maior consenso fundado” (Id., 2005.p.55).

<sup>4</sup> Em tradução livre de: “The better the quality of the primary decision, the more weight is to be assigned to the competence of the decision maker, and the more serious is any interference with that competence by means of judicial review”.

<sup>5</sup> A *revisão judicial* é uma *sentença judicial* sobre uma *decisão primária*, ou seja, é o resultado de um processo judicial no qual se discute um ato de outro poder do Estado.

trazidas para sua fundamentação. A ela se soma a ideia de expertise do decisor primário<sup>6</sup> (KLATT., 2015, p.368). Expertise é a habilidade especial que um sujeito ou de um ente tem sobre determinada matéria, fazendo-se presumir a qualidade da decisão.

Diversas razões podem contribuir para a qualidade da decisão sob o aspecto de esclarecimento. Os próprios princípios da Administração Pública enunciados no art. 37 da CF/88 contribuem para a qualidade da decisão. Essa contribuição será possível sempre se demonstrar seu uso na garantia da correção da decisão primária dos entes do Estado. Desta forma, mesmo sendo princípios, quando eles mesmos não estiverem em ponderação, podem servir como argumentos para fundamentar ou refutar a qualidade da decisão primária da Administração Pública.

O segundo parâmetro é a confiabilidade epistêmica das premissas dos argumentos apresentados na decisão primária, de forma que “quão maior for a questionabilidade epistêmica das premissas, maior é o peso a ser assegurado à competência da instituição que tem autoridade especial para solucionar essa questionabilidade ou decidir a despeito dela”<sup>7</sup> (Id., 2015. p.368). Essa confiabilidade se infere através de quão verificáveis são cada uma as afirmativas normativas e empíricas presentes no debate. Um enunciado normativo claro ou um estudo científico relevante quanto à matéria proporciona, respectivamente, confiabilidade epistêmica normativa ou empírica as suas premissas. Essa autoridade especial majorada para decidir sobre questões de baixa confiabilidade epistêmica é atribuída aos poderes que detêm maior legitimidade democrática, porque aqui se apresenta o argumento de que as dúvidas normativas ou materiais sobre uma questão devem ser resolvidas, na maior medida possível, pela regra da maioria, uma vez que, se decidida pela corte, esta decisão apresenta maior risco de ser errônea (em virtude do limite cognitivo do Judiciário) e menor legitimidade<sup>8</sup>.

O terceiro parâmetro é a legitimidade democrática da decisão. Klatt o enuncia como: “quão maior for a legitimidade democrática de uma competência, mais importante é essa

---

<sup>6</sup> Em tradução livre de: “Such expertise presumptively strengthens this quality and, hence, the weight of the competence to decide”.

<sup>7</sup> Em tradução livre de: “The greater the epistemic unreliability of the premises is, the more weight is to be assigned to the competence of the institution that has special authority to either resolve this unreliability or decide in spite of it”.

<sup>8</sup> A consideração da confiabilidade epistêmica tem relevância significativa quando consideramos posições absolutamente contrárias à revisão judicial. Entre elas estão (i) a do aprendizado político necessário aos participantes democráticos, (MICHELMAN, 1998. p.15), (ii) a de que uma democracia não precisa ser salva por instituições ou por “regime de guardiões” (DAHL, 1991, p.52), entre outros argumentos que indiquem que a revisão judicial suprime a relevância da legitimidade democrática. Isso e mais é exposto em Mendes (2008 p.166).

competência”<sup>9</sup> (KLATT, 2015, p.370). A legitimidade democrática está ligada à regra da maioria, à participação popular, à pluralidade de vozes e ao debate público. A este parâmetro trarei mais alguns argumentos e o descreverei mais esmiuçadamente na seção “2” deste trabalho, em que tratarei da defesa do processo democrático e da participação do *amicus curiae* como argumentos necessários à completude deste parâmetro.

O quarto parâmetro é a significância dos princípios materiais em jogo de forma que

[...] quão mais intensamente uma decisão legislativa interferir em um princípio material, por exemplo, um direito humano ou um bem coletivo, menor a importância da competência legislativa para decidir autonomamente, e mais importante é a competência da corte de controlar essa decisão<sup>10</sup> (KLATT, 2015, p.371).

Esse parâmetro é relevante principalmente para auxiliar na proteção das minorias de maiorias eventuais<sup>11</sup> e dos indivíduos em manifesta vulnerabilidade da omissão do Estado na prestação material positiva do mínimo existencial<sup>12</sup>.

O quinto e último fator é a função específica de uma competência. Vale dizer, nas palavras de Klatt, que “a não satisfação de, ou em detrimento de uma competência, é mais séria quão maior for a afetação da função específica de sua autoridade”<sup>13</sup> (KLATT, 2015, p.372). A função específica se dá através da determinação legal de que um dado Poder tome as decisões sobre certa matéria, tal qual, no Brasil, p.e., a decisão sobre o impedimento do presidente do Poder Executivo por crime de responsabilidade, que cabe, ao final, ao Senado. Significa dizer que, nesta matéria, o Poder Legislativo, na forma do Senado, dificilmente terá sua decisão revogada, mas que, sob dadas circunstâncias, mesmo que este parta de uma margem de vantagem sobre a matéria, os outros elementos podem ser tão relevantes que tornem a revisão judicial adequada<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Em tradução livre de: “The greater the democratic legitimacy of a competence, the more important this competence is. Democratic legitimacy admits of degrees”.

<sup>10</sup> Em tradução livre de: “The more intensely a legislative decision interferes with a material principle, for example, a human right or a collective good, the less important is the legislature’s competence to decide autonomously, and the more important is the court’s competence to control that decision”.

<sup>11</sup> É necessário delimitar o alcance desta proteção contra maiorias eventuais, pois é certo que uma maioria contingencial, ou seja, que se sustente por longo período de tempo, é capaz de alterar não só o sistema normativo de forma profunda, mitigando as garantias individuais e sociais, como também os tribunais e, principalmente a corte constitucional, sedimentando seu entendimento na esfera dos três Poderes (DAHL, 1957, p.284).

<sup>12</sup> Aqui, entendo *mínimo existencial* como o conjunto de direitos fundamentais sociais mínimos necessários para a satisfação do nível elementar de dignidade humana, dado a partir de Toledo (2016, p. 821-834) e das reuniões de pesquisas em sede da UFJF sob sua orientação.

<sup>13</sup> Em tradução livre de: “The non-satisfaction of, or detriment to, a competence is the more serious the more the specific function of that authority is affected”.

<sup>14</sup> Não é pretensão fazer a análise da decisão do Senado ou discutir amiúde a posição do STF, mas apenas evidenciar que se pode partir de uma análise alexyana sobre este acontecimento brasileiro, dando outros enfoques à temática tal como o da ponderação.

Segundo Klatt, “O peso abstrato pode tornar possível para uma competência entrar na ponderação de competências com uma margem de vantagem”<sup>15</sup> (KLATT, 2015, p.374). O peso abstrato de um princípio (identificado como  $w$  na fórmula do peso) é determinado através i) de sua relação com os outros princípios e ii) das relações de precedência estabelecidas ao princípio considerado. Desta forma, uma margem de vantagem é estabelecida sempre que o princípio A tem peso abstrato superior ao princípio B. Em outras palavras, significa dizer que quando um dado sistema normativo densifica a competência A de forma a esclarecer que, em determinadas condições, ela prevalece sobre a competência B, dificilmente se estabelecerão condições tais que tornem a competência B mais relevante que a de A. Da mesma forma, é possível que se desenvolva uma relação de precedência a partir do desenvolvimento da jurisprudência e dos precedentes jurídicos de um sistema normativo, densificando-se as relações de precedência e trazendo maior estabilidade e previsibilidade às demandas que lhes concernirem.

A seguir, como dito acima, passarei à análise e proposição do parâmetro legitimidade democrática a partir de Klatt especificadamente.

---

<sup>15</sup> Em tradução livre de: “. The abstract weight may make it possible for a competence to enter the balancing of competences with a winning margin”.

### 3 NOVOS ARGUMENTOS AO PARÂMETRO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A legitimidade democrática é um parâmetro decorrente de um dos valores do Estado contemporâneo ocidental. Em uma decisão, este parâmetro se mostrará mais relevante quanto maior for a relação da decisão primária com a vontade popular, sem, contudo, desconsiderar os afetados pela decisão<sup>16</sup>, demonstrando, assim, diálogo popular. Sua viabilidade como parâmetro decorre de seu caráter gradual (Id., 2015, p.370). Desta forma, uma decisão, p.e., do Executivo municipal sobre habitação, que envolva o conselho popular municipal de moradia, terá maior legitimidade democrática que uma decisão que não envolva qualquer outra forma de consulta popular.

A legitimidade democrática tem sido constantemente apresentada como condição essencial às decisões finais de um sistema legal, depondo unicamente em favor dos poderes eleitos, ao tempo que serve como base crítica às decisões tomadas em sede de revisão judicial<sup>17</sup>. Porém, o desenvolvimento tecnológico<sup>18</sup> e social vem apresentando novas ferramentas de realização da legitimidade democrática tanto em sede dos poderes eleitos quanto em sede do Judiciário. Essas mudanças ensejam novas formulações e considerações e sobre algumas falarei abaixo.

---

<sup>16</sup> É importante considerar os afetados pela decisão que participam da lide, pois eles assumem duas posições nesse processo. A primeira, como participantes do processo democrático, que auxilia na tomada da decisão. A segunda, como parte processual, com poderes mais relevantes quanto ao debate jurídico. A distinção é importante, pois, desconsiderar o grupo dos afetados pode ensejar problemas de naturezas distintas. Na primeira situação, acarreta problemas na legitimidade democrática e na validade do seu diálogo, na segunda situação, contudo, os problemas são mais claros e sérios para um Estado de Direito, atingindo princípios materiais como o da *ampla defesa*, ensejando questões de anulabilidade ou de nulidade da decisão a depender do tipo de omissão do poder jurisdicional.

<sup>17</sup> Não se pretende, aqui, debater a preferência por um sistema de revisão judicial, por um sistema de revisão legislativa ou mesmo pelo diálogo institucional. Porém, mesmo considerando esta proposição uma solução de meio termo adequada, a pretensão aqui não é propor um sistema diferente, mas levantar argumentos para a harmonização de um dado sistema jurídico.

<sup>18</sup> O desenvolvimento tecnológico pode possibilitar uma nova fase para a democracia, porém, tanto pelas questões de educação tecnológica, quanto pela necessidade da universalização do acesso à internet, essa fase não pode ser dada como presente em muitas realidades nacionais, incluindo-se aí a brasileira. Essa distorção de acesso evita que os resultados representem o escopo social. Além disso, uma pesquisa de opinião *online* tende a concentrar respostas apenas dos grupos de interesse favoráveis ou contrários à proposição, mitigando outras posições e intensidades de interesse. Isso significa dizer que a mera existência de novas ferramentas tecnológicas não contribui, por si só, para um melhor exercício da democracia, sendo necessárias adaptações antes e durante sua utilização em cada realidade nacional.



### 3.1 Proteção do processo decisório e de suas condições democráticas

A proposição da proteção do processo decisório democrático como argumento ao parâmetro da legitimidade democrática surge de uma análise teórica e de uma inferência prática. Do ponto de vista teórico, temos que a validade da legitimidade democrática está condicionada pela validade do seu processo de formação. Do ponto de vista prático, percebe-se que a vontade democrática não é determinada por uma única maioria. Isso significa dizer que não podemos tomar como inequívoca a afirmativa de que um representante é expressão de uma vontade homogênea. A democracia contemporânea tende a possuir maiorias e minorias heterogêneas em respeito às matérias em debate, podendo um indivíduo A, que discorda de B sobre “x”, concordar com B sobre “y”<sup>19</sup>. No exercício da ponderação, portanto, devem ser considerados não só os aspectos da validade desta legitimidade democrática, quando analisados seus procedimentos necessários<sup>20</sup>, mas também quanto à qualidade desta formação<sup>21</sup>, quando analisados quais são procedimentos possíveis para melhor acurar a vontade popular.

É evidente, então, que uma decisão terá uma legitimidade democrática maior quanto mais próxima de uma democracia direta esta decisão estiver. Um vez que os atuais sistemas políticos democráticos utilizam os mais diversos instrumentos de legitimação democrática<sup>22</sup>, é necessário que, ao se considerar a revisão judicial de uma decisão, se considere o quanto significativa foi a legitimidade democrática no seu processo de formação e o quanto respeitosa foi a decisão em relação a essa vontade expressa<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Complementando essa visão, em Mendes (2008, p.76) diz que “A premissa de que a decisão do parlamento [ou das outras esferas deliberativas do Estado] repercute[m] a vontade da maioria parece supor que ali existe uma simples agregação de posições prontas, pré-formadas, convictas e inflexíveis. Nossas preferências, porém, são maleáveis e sujeitas a transformações por meio do debate, da experiência, de novas informações, etc. Não são fixas e exógenas (pré-políticas), mas mutáveis e endógenas. Eles se estruturam num contínuo e não numa escala binária. Somos contra e a favor em diferentes graus”.

<sup>20</sup> Aqui, contudo, não vamos avaliar as repercussões no plano da validade da vontade democrática diante a violação de regras procedimentais, mas tão somente no plano na qualidade, uma vez que se está trabalhando com a repercussão da otimização do princípio da democracia e suas implicações.

<sup>21</sup> É essencial perceber que a vontade democrática possui condicionantes materiais sem os quais a democracia se torna um mero exercício formal. Falo da garantia de direitos humanos aos indivíduos pertencentes a qualquer sistema jurídico pretensamente democrático. Sem um patamar mínimo de direito não é possível falar nem na existência de uma democracia, quanto muito menos avaliar se uma decisão primária tem maior ou menor teor democrático. Sendo assim, direitos humanos são pressupostos da democracia.

<sup>22</sup> Plebiscito, referendo e iniciativa popular - lei nº 9.709 de 18 de novembro de 1998, art. 1º; pesquisas de opinião pública, notadamente as realizadas pelo Senado; leis de criação de conselhos federativos para políticas públicas são exemplos de participação para além da eleição de representantes democráticos.

<sup>23</sup> Fala-se do respeito da decisão em relação à vontade popular, pois, mesmo que o Poder público realize um processo mais amplo de legitimação de sua decisão, não necessariamente ele estará vinculado à posição consultada. Dessa forma, mesmo que a decisão primária do Poder Público se revista de certa legitimação democrática pela consulta em si, essa decisão será tão mais legítima democraticamente quanto mais próxima da posição popular ela estiver.

Uma decisão, portanto, será tão mais democraticamente legítima quão mais presentes estiverem as ferramentas que permitam a avaliação desta vontade e o quão mais próxima esta decisão estiver da vontade democraticamente expressa. Desta forma, apesar de o Executivo partir de uma legitimidade democrática presumida, decorrente de seu caráter eleitoral, suas decisões podem ter uma legitimidade maior ou menor à medida que se mune dessas ferramentas de consulta e à medida que as respeita. No caso de um município, p.e., no qual exista dado conselho consultivo municipal, a decisão de seu chefe executivo será (i) revestida de uma maior legitimidade democrática se este consultar aquele e o seguir, (ii) menor, se, mesmo o ouvindo, não considerar suas razões na motivação de sua decisão e (iii) menor ainda, se nem o consultar<sup>24</sup>.

A pluralidade democrática, contudo, não se expressa somente sob entidades de participação formalmente constituídas perante o Estado. Ela pode estar presente na liberdade de expressão, de associação e de reunião de pessoas físicas e jurídicas<sup>25</sup> que não constituem organicamente o processo de deliberação da vontade popular como de um conselho, mas que intentam demonstrar a significância do debate e de suas opiniões aos entes públicos<sup>26</sup>. Dessa forma, uma decisão tomada sob circunstâncias tais como as de censura, de proibição de manifestação ou de medidas repressivas ao direito de greve, p.e., pode vir a representar a mitigação dessa legitimidade democrática, sobretudo daquela presumida e principalmente, quando injustificada. Quando o Executivo se abstém de se reunir com um dos sindicatos de servidores públicos em greve, em outro exemplo, ele mitiga a própria legitimidade democrática da sua decisão posterior.

---

<sup>24</sup> Aqui cabe uma observação, uma vez que existem conselhos populares que são deliberativos, ou seja, conselhos nos quais suas decisões vinculam a vontade do poder público. Aqui, portanto, só há que se considerar a hipótese de um conselho consultivo, uma vez que a violação de uma decisão vinculante trata de violação de regra, não de princípio.

<sup>25</sup> Aqui chamo atenção às associações, fundações e partidos que tem, essencialmente, um papel de organização e expressão de ideia e não essencialmente comercial, uma vez que parto do princípio que empresas privadas tem direitos de personalidade restritos.

<sup>26</sup> Uma nota importante sobre os conselhos populares na legislação brasileira. Apesar de esta denominação aparentar transmitir certo caráter representativo ao órgão, isso não necessariamente se realiza. Esses conselhos são criados sem critérios normativos pelas casas legislativas de seus entes federativos. Desta forma, o legislativo dá a cada conselho popular o nível de representatividade conveniente à situação política. Com isso podem ser gerados “conselhos populares” sem cargos eleitos ou com cargos majoritariamente dotado por nomeação do Executivo ou mesmo constituídos por determinada classe de empresários, p.e. A determinação legal da constituição do conselho passa a ser o resultado de uma disputa entre classes interessadas e opostas, podendo resultar em conselhos mais ou menos representativos. (LOPES, 1997). Não se pode presumir, portanto, a legitimidade democrática de um conselho popular brasileiro, sendo mais adequado se observar criticamente sua sua composição antes de inferir qualquer legitimidade.

É de se salientar que nem sempre essas ferramentas estão à disposição dos Poderes eleitos<sup>27</sup> e de que nem toda e qualquer decisão do Poder estatal deve ser dada sob amplo debate, por questões de conveniência ou necessidade<sup>28</sup>. Deve-se considerar, também, que a legitimidade democrática só é passível de otimização quando tais ferramentas existem ou são demandadas a existir<sup>29</sup>, uma vez que não haverá forma de se avaliar a intensidade da participação democrática em uma decisão primária, se não houver ferramentas disponíveis para tanto.

Essas razões são importantes de serem consideradas, pois, como disse, apesar de os Poderes eleitos possuírem uma legitimidade presumida, essa legitimidade não se presume sempre de forma absoluta, uma vez que existem diversas ferramentas nas democracias atuais que podem melhor atestar qual a vontade sobre uma dada questão intercorrente ao exercício político de um representante. Partirei agora, para a legitimidade democrática na revisão judicial.

### **3.2 Proteção da legitimidade democrática no processo judicial**

O Judiciário, como responsável por fazer cumprir o Estado de Direito, deve fazer cumprir não só os mandamentos definitivos do sistema legal como também seus princípios, dentre eles o princípio democrático. Neste sentido, o Judiciário, em sua resposta às demandas incidentais inerentes aos processos de legitimação democrática<sup>30</sup>, deve cuidar tanto da validade deste processo, quanto de sua qualidade. O que significa dizer que não só os poderes eleitos devem observar o princípio democrático em suas decisões, mas também o próprio Judiciário<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Por vários motivos, p.e., o Conselho Municipal não está em funcionamento; as assembleias públicas foram de quórum nulo; os erros metodológicos nas pesquisas corrompem o resultado final; ou mesmo a falta de verba para determinada ação de consulta por parte do Poder público.

<sup>28</sup> O que se releva aqui é que o Poder público tem o dever de ser diligente com as vontades de seu eleitorado, sabendo identificar e estar aberto às questões de importância social, de forma que assinar uma portaria de rotina presumidamente não exige tal demanda, contudo, uma reestruturação das unidades escolares ou de seus integrantes em estado-membro demandaria alguma atenção da sociedade, a exemplo da reestruturação da educação no estado de São Paulo anunciada em 2015 pelo decreto nº 61.672, de 30 de novembro de 2015.

<sup>29</sup> Por mais que uma decisão possa ser otimizada democraticamente em um determinado ente federativo, não necessariamente as mesmas organizações sociais existem noutro ente. Exemplo disso são os conselhos populares, que estão condicionados pela criação de legislação específica para cada um dos entes federativos.

<sup>30</sup> Estes processos são aqueles ensejados durante os procedimentos democráticos como, p.e., os de natureza legislativa. Uma análise sobre o comportamento do STF em sede do Legislativo federal pode ser encontrada em Bustamante (2017).

<sup>31</sup> A partir do novo Código de Processo Civil brasileiro, é de se notar que o Judiciário assume uma nova postura perante a lide, mas um papel de coparticipação junto às partes. Essa nova orientação do CPC, presente no art. 6º, exige que cada ator envolvido no processo desempenhe suas funções de modo técnico, racional e responsável. Além disso, outro elemento positivo na nova lei foi o seu art. 489, § 1º e seus incisos que prevêm que o juiz fundamente adequadamente sua decisão, sendo necessário atender a diversos requisitos. O mais importante deles é a necessidade de o juiz enfrentar os argumentos capazes de infirmar a decisão. Isso é notável, pois demonstra deferência às regras do diálogo racional e potencialmente mitiga o problema da desconsideração das razões trazidas na forma do *amicus curiae* ou das audiências públicas.

Ao voltarmos os olhos à luz da legitimidade democrática dos poderes eleitos para o Judiciário, vemos o crescimento do debate sobre sua legitimidade democrática. Diferentemente do Legislativo e do Executivo, a legitimidade democrática presumida do Judiciário ou não existe (WALDRON, 2006, p.61) ou é consideravelmente menor<sup>32</sup> do que daqueles. Aqui, contudo, não cabe questionar os motivos desta estrutura institucional<sup>33</sup>, mas avaliar formas de atribuir maior legitimidade democrática às cortes, contrabalanceando as competências sob ponderação.

Assume-se, aqui, que o Judiciário parte de um ponto de desvantagem quanto à legitimidade democrática de sua decisão. Porém, tal como há formas de elevar a legitimidade democrática de uma decisão dos poderes eleitos, é possível aumentar a do Judiciário. Uma dessas ferramentas é a figura do *amicus curiae* (BUENO FILHO, 2002). Este terceiro admitido processual<sup>34</sup> serve à solução de demandas revestidas de especial relevância social<sup>35</sup> ou complexidade<sup>36</sup> através de participantes qualificados<sup>37</sup> sem que, contudo, titularize a ação da qual participa.

Esta desvantagem se dá (i) porque é a competência da revisão judicial que deve superar em peso a competência discricionária dos Poderes eleitos, o que exige um esforço processual das partes e do próprio Judiciário para alcançá-la e (ii) porque a legitimidade democrática dos poderes eleitos se presume, ao contrário da legitimidade democrática do Judiciário. Esta desvantagem quanto à legitimidade democrática do Judiciário se dará para todo e qualquer sistema normativo no qual a escolha de seus juízes não seja por meio de uma eleição popular. Contudo, o uso unicamente deste argumento para considerar a legitimidade democrática deste poder, por ignorar fatores importantes como a imparcialidade do juiz, não é

<sup>32</sup> Barroso (2007, p.15) atribui uma quota de legitimidade democrática ao Judiciário através do uso racional da norma majoritariamente positivada, o que representaria, então, um mínimo de legitimação democrática a este poder.

<sup>33</sup> A respeito, cf. Mendes (2008).

<sup>34</sup> A lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 dispõe sobre o *amicus curiae* em seu art. 138 “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>35</sup> Encaro essa *especial* relevância social como tema que tenha consequências para ou um grupo de indivíduos ou para a sociedade. Exemplo disto foi a decisão da corte constitucional do Brasil (2012) sobre a interrupção de gravidez de fetos anencefálicos.

<sup>36</sup> A complexidade faz presumir que a participação seja feita por pessoas qualificadas na matéria sob a qual abordarão. Dessa forma, serve ao esclarecimento daquilo que foge dos instrumentos normais da Corte.

<sup>37</sup> A qualificação dos *amici curiae* fará referência à matéria da lide, cabendo ao juiz realizar o juízo de admissibilidade conforme a demanda.

o que defendo aqui, sendo esta desvantagem uma apenas uma constatação, não um juízo de valor.

Apesar de essa participação não ter caráter decisório, uma vez que está restrita à racionalidade do discurso jurídico na busca do melhor argumento ou da decisão correta, o *amicus curiae* é uma ferramenta de participação popular ampla<sup>38</sup>, que permite à população acesso e influência sobre a decisão de uma questão socialmente relevante. O *amicus curiae*, portanto, acresce à competência da revisão jurisdicional em peso, de forma que sua legitimidade democrática será tão maior quão maiores forem sua participação e diversidade na decisão da corte<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> A previsão legal do *amicus curiae* é bastante ampla, uma vez que é cabível a todo e qualquer processo, bastando que a própria demanda possua os requisitos de relevância da matéria, especialidade do tema ou repercussão social, não fazendo exigências da pessoa do *amicus curiae* para além da sua especialização na matéria sob demanda.

<sup>39</sup> Nas conclusões apresentadas por Andrade (2015, p.175), afirma-se, entre outras coisas, que o *amicus curiae* não tem servido ao propósito de ampliar a participação popular. Destaca-se, inclusive, que a “condução praticada pelo STF se caracteriza, essencialmente, pela ausência de diálogo” e “que, em grande medida, os ministros não trabalham os argumentos levantados nas audiências” (Id., 2015, p.175), demonstrando certa ineficiência da ferramenta. Isso só significa que do ponto de vista prático o Judiciário tem aplicado uma baixa legitimidade democrática às suas decisões, o que não significa dizer que não é possível aplicar este instrumento de forma mais adequada. A realidade das audiências públicas brasileiras é também analisada por Melquíades (2013), notadamente aquelas audiências referentes ao direito à saúde, e suas conclusões vão também neste sentido. Segundo a autora, apesar de ser das audiências públicas serem “um instrumento que se propõe a viabilizar a aplicação da teoria [de] interpretação aberta e dialógica da Constituição e da argumentação jurídica em larga escala [...]” “[...] os argumentos que angariaram maior adesão na audiência pública não foram abarcados na disposição das decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal nem do Superior Tribunal de Justiça, tampouco foram refutados, enquanto oriundos de um instituto de participação popular no processo decisório do Judiciário, na fundamentação de tais decisões”.

## 4 NOVO PARÂMETRO: FÓRUM PRINCIPIOLÓGICO

Um sexto parâmetro às proposições de Klatt para a ponderação de princípios formais definidores de competência é o fórum principiológico. O fórum principiológico de uma demanda diz respeito ao quão principiológica é a norma em análise. Neste sentido, se estabelece que o quão mais principiológica for uma demanda, maior deverá ser o peso a ser atribuído à revisão judicial. Isto se dá, pois, o Judiciário é a instituição responsável pela hermenêutica normativa, notadamente a principiológica, principalmente porque é este Poder que responde às questões de constitucionalidade que são essencialmente principiológicas.

Pode-se contra argumentar que este parâmetro enfrenta as mesmas questões que a confiabilidade epistêmica, notadamente a normativa, porém, há uma diferença relevante. A gradação dada pelo enunciado da confiabilidade epistêmica normativa expressa que os Poderes eleitos, notadamente o Legislativo, têm “autoridade especial para solucionar” questões de baixa confiabilidade. Contudo, ao mesmo tempo que os poderes eleitos são especialmente competentes para decidir questões de baixa confiabilidade, não se pode ignorar que o Judiciário é defendido como tendo autoridade especial para solucionar questões de teor principiológico<sup>40</sup>.

Outra justificativa para a distinção destes parâmetros é que quando se constrói a epistemologia normativa, argui-se que, sobre questões políticas<sup>41</sup>, cabe ao Legislativo definir. Apesar de dar crédito a esta afirmativa, o debate sobre a epistemologia normativa não necessariamente é político, menos ainda, apenas político. A baixa confiabilidade normativa per se não deve ser considerada uma questão política, cabendo avaliar se se trata de questão essencialmente hermenêutica, afastando-se, assim, a necessidade presumida de se trazer o

<sup>40</sup> Essa inferência é retirada da percepção institucional do Judiciário como fórum de debate de princípios em Rawls (2002) e das considerações trazidas por Mendes (2008).

<sup>41</sup> A vinculação da confiabilidade epistemológica normativa às questões em debate político é retirada do seguinte trecho: “Um peso especial das competências do legislativo é também aceito em situações de incerteza epistêmica-normativa que surge em respeito a questões contestadas politicamente” (em tradução livre de: “*A special weight of the competence of the legislature is also accepted in situations of normative-epistemic uncertainty, which arise with respect to politically contested questions*”) no qual Klatt (2015) transcreve trecho da decisão *A v. Secretary of State for the Home Department* (2004) que diz: “Quão mais puramente política (...) uma questão é, mais apropriada será ser uma resolução política e menos provavelmente será uma matéria apropriada para a decisão judicial. Menor, assim, será o papel potencial da corte. É a função dos corpos políticos e não jurídicos resolver questões políticas. No sentido contrário, porque sob nossa constituição e sujeito a um poder estrangeiro do parlamento é função das cortes e não dos corpos políticos resolver questões legais” (em tradução livre de: “*The more purely political . . . a question is, the more appropriate it will be for political resolution and the less likely it is to be an appropriate matter for judicial decision. The smaller, therefore, will be the potential role of the court. It is the function of political and not judicial bodies to resolve political questions. Conversely, the greater the legal content of any issue, the greater the potential role of the court, because under our constitution and subject to the sovereign power of Parliament it is the function of the courts and not of political bodies to resolve legal questions*”), (Id., 2015. p.369).

Legislativo para o debate normativo<sup>42</sup>. Noutro sentido, quando se tratar de norma que expresse um conteúdo em debate político ou que constitua uma política pública, tratar-se-á de uma questão de confiabilidade epistemológica normativa tal como desenhada pelo autor.

Uma coisa, então, não afasta a outra, mas a complementa. A baixa confiabilidade de um dispositivo normativo é dada essencialmente por sua interpretação<sup>43</sup>, podendo ser de conteúdo político ou normativo. Desta forma, mesmo que uma baixa confiabilidade arrogue uma convalidação interpretativa do poder eleito no futuro, a competência para fazê-lo, tanto quanto se tratar de uma questão principiológica, acrescentará peso à a revisão judicial.

A gradação deste parâmetro se deve ao fato de que, ao se tratar de princípios<sup>44</sup>, a matéria em análise pode estar mais próxima ou mais distante de um comando definitivo. Devendo-se arguir esta proximidade para se evitar um juízo principiológico exacerbado da norma sub *judice*<sup>45</sup>.

O afastamento do Judiciário das questões político-eleitorais e sua “concentração exclusiva na dimensão de princípio, comparativamente aos inúmeros outros fatores sopesados pelo legislador, confere ao juiz condições privilegiadas para decidir com maior isenção” (MENDES, 2008, p.64). Essa racionalidade institucional, dada por relativa isenção política, é o que permite que algumas questões só encontrem solução quando judicializadas<sup>46</sup>. Esta atuação do Judiciário no equilíbrio dos Poderes representa parte de seu papel institucional e reforça sua competência de decidir, devendo ser considerada em sua particularidade nas ponderações aqui tratadas.

A relevância deste parâmetro pode ser arguida a partir de duas análises. A primeira, é a partir da posição hierárquica do foro revisor e do quórum da revisão judicial. De forma que quanto mais baixo for o foro da revisão judicial e quanto menor for o quórum sob o qual se dá esta

---

42 A determinação de uma matéria como questão política, entretanto, está condicionada ao desenvolvimento de parâmetros de identificação. Este debate já começou a ser desenvolvido por Núñez (2014) e Barroso (2007), mas ainda exige maiores e melhores esforços, inclusive, pelo grupo de pesquisa do qual faço parte – “Atual Judiciário - Ativismo ou Atitude: judicialização da política e politização do judiciário”.

43 Mais comumente, a baixa confiabilidade de um dispositivo normativo será dada pela vagueza de sentido, pela presença de conceitos jurídicos indeterminados ou determináveis apenas no caso concreto, pela falta de regulamentação que dê definitividade à norma ou mesmo por discordância quanto ao seu objetivo pela jurisprudência, pelos precedentes ou pela doutrina.

44 Em caso de regra, a discussão sobre a intensidade de interferência não seria cabível, uma vez que à regra estabelece comando definitivo, se obedecendo ou não.

45 Essa exacerbção é comum na argumentação das partes pela banalização de termos como a *dignidade humana*, o *mínimo existencial* e do *direito à saúde*, arrogando a toda e qualquer norma um debate principiológico anterior a um debate sobre as regras regulamentadoras ou que cercam cada um destes conceitos.

46 Diversas questões nos últimos anos só encontraram solução a partir do posicionamento do Judiciário, entre elas a união civil ou casamento civil de pessoas homoafetivas (BRASIL, 2011) e o já citado caso da interrupção da gravidez de feto anencefálico, para citar algumas das que obtiveram maior repercussão midiática e social no Brasil.

revisão, menor será a relevância de uma interpretação principiológica. A relevância da posição hierárquica do foro revisor se dá porque, à medida que se se aproxima da corte constitucional responsável pelo controle concentrado, mais se pode presumir que ela está qualificada para tratar de questões principiológicas. Já a relevância do quórum da revisão judicial se dá porque, à medida que a decisão de afasta de uma decisão monocrática, maior será o consenso daqueles responsáveis pela interpretação principiológica dos dispositivos em questão.

A segunda análise se dá a partir da posição hierárquica do princípio que enseja o corpo normativo que regula a situação de fato no sistema legal e da proximidade que as circunstâncias concretas estabelecem em relação a estes princípios. Significa dizer que quão mais próximo o princípio que enseja o corpo normativo que deveria regular a situação de fato estiver da norma constitucional (KELSEN, 1999) e quão mais próximas forem as circunstâncias concretas de serem solucionadas a partir da consideração de tais princípios, maior será o conteúdo principiológico da questão. Cabe ressaltar que esta proximidade pode ser inferida pela necessidade do uso de métodos hermenêuticos como o sistemático, que faz recurso à principiológica do sistema normativo, e teleológico, que relewa o condicionamento da finalidade dos princípios do sistema a um novo momento cultural, para a solução do caso concreto.

Estas disposições auxiliam a organização do debate jurídico, de forma a evitar a remissão imediata e errônea às normas constitucionais, e permite que o peso da revisão judicial seja melhor acurado. Com este parâmetro, torna-se mais fácil a demonstração de que dado caso concreto foge da certeza de um corpo normativo, e que ele exige a consideração dos princípios em jogo para se chegar a uma solução jurídica. Isto também é importante, pois a demonstração de que uma demanda exige solução pelas cortes constitucionais é um dos critérios constituintes de admissibilidade das ações constitucionais<sup>47</sup>.

Portanto, uma matéria regulamentada tão somente por princípio constitucional terá a maior relevância pois (i) é a expressão originária de um mandamento de otimização e (ii) possui a maior posição hierárquica em dado sistema normativo. A partir daí, à medida que outras normas densificam a aplicação dos princípios constitucionais, criando princípios infraconstitucionais, definindo conceitos jurídicos ou criando mandamentos definitivos, o teor

---

<sup>47</sup> Um desses critérios nos recursos extraordinários é demonstração de que o caso concreto não encontra solução na legislação infraconstitucional. Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: *a*) contrariar dispositivo desta Constituição; *b*) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; *c*) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; *d*) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”. Tal como, o mandado de injunção tem como requisitos *i*) a falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional e *ii*) a inviabilização do exercício de direitos ou liberdades constitucionais por ausência de norma regulamentadora.



principiológico da norma constitucional é cercado e esclarecido, sendo possível avaliar questões principiológicas a partir da dimensão já protegida pelo seu corpo normativo, o que, em outras palavras, tende a aumentar a sua confiabilidade normativa e afastar a necessidade de as circunstâncias concretas serem solucionadas em um debate principiológico.

O estabelecimento de critérios à ponderação, orientando a justificação externa das circunstâncias do caso concreto, não é só relevante para a prática desta ferramenta. Por permitirem a organização do pensamento jurídico, esses critérios evitam que argumentos em favor de algo sejam confundidos com parâmetros e parâmetros relevantes a estas situações sejam ignorados. Esse instrumento é útil não só a juízes que realizam a justificação de sua decisão, mas às partes consideradas que intentam ter suas razões adequadamente ouvidas e consideradas por aquele.

O ativismo judicial, como atuação do Judiciário para além de sua competência<sup>48</sup>, seja esta atuação para além daquilo protegido ordenamento jurídico, seja para além daquilo que se pede na demanda<sup>49</sup>, pode ser mitigado se essas razões forem adequadamente colocadas no debate jurídico. Da mesma forma, passa a ser possível analisar tais decisões de forma inferir se elas foram decisões ativistas ou não ou até mesmo o quão ativistas elas foram a partir de seu distanciamento da margem adequada de decisão.

No sentido inverso, a politização do judiciário, como fenômeno jurídico que representa a importação para o poder Judiciário de questões políticas, começa a encontrar delineamentos mais interessantes. Ao menos negativamente, é possível se saber o que a politização do judiciário não é. Isso é possível, pois ambos os fenômenos jurídicos encontram seu berço de debate e fonte de definição na mesma espécie de colisão, qual seja, entre as competências do poder judiciário e alguma das atividades sob competência dos poderes eleitos.

O esclarecimento destes conceitos é importante para se evitar que o Estado Jurisdicional, que surge a partir da invasão das competências dos poderes eleitos pelo poder

---

<sup>48</sup> Segundo Machado (2008, p.21) “[...] qualquer abordagem sobre “*ativismo judicial*” constrói-se a partir de um pré-entendimento em torno da conformação e dos limites da atividade jurisdicional. Nesse passo, pode-se estabelecer a seguinte razão inversa: quanto mais ampla for concebida a função jurisdicional, mais estreita será, por decorrência lógica, a definição de ativismo judicial (visto que menor será o espaço para acusação de excessos)”. Do ponto de vista da ponderação, pode-se que decisão é uma decisão ativista quando o peso da revisão judicial for menor que o da competência que lhe foi oposta.

<sup>49</sup> A decisão que determina obrigação não peticionada na demanda constitui uma decisão *extra petita*. Neste sentido, uma vez que determinadas situações jurídicas não estão reguladas por regras, mas por princípios, e que estes, quando em colisão, dão ensejo a novos mandamentos definitivos, passa a ser possível que a decisão resultante seja uma decisão *extra petita*. O que não significa dizer que a situação jurídica não foi solucionada, mas tão somente que sua solução não era a inicialmente desejada por nenhuma das partes.

jurisdicional, se estabeleça, uma vez que ele nega a realização e desenvolvimento ao Estado Democrático de Direito<sup>50</sup> em favor de uma racionalidade presumida.

---

<sup>50</sup> “A democracia pressupõe que indivíduos são igualmente competentes para governarem a si próprios. Não só cada indivíduo é senhor de si mesmo, mas a comunidade integrada por eles é também autônoma. Transpor o ideal do autogoverno individual para o coletivo exige uma mediação institucional, principal desafio desse regime. O que se deve evitar, portanto, é o paternalismo político – a supressão da autonomia e a presunção de que há indivíduos menos competentes que outros para participarem das decisões coletivas. Alguns autores acreditam que a revisão judicial traz esse risco.” (MENDES, 2008, p.161), entre eles James Bradley em *Who decides?* Thayer em *Learned Hand, The Spirit of Liberty* e Robert Dahl em *Democracy and its Critics*.

## 5 CONCLUSÃO

Neste artigo, expus os parâmetros apresentados por Klatt para analisar o processo de justificação externa da fórmula do peso em uma colisão entre os poderes eleitos e o poder Judiciário. Estes parâmetros, expostos na seção “1”, são os da *qualidade da decisão*, no qual se situa o argumento da *expertise*; da *confiabilidade epistêmica*; da *legitimidade democrática*; da *significância dos princípios materiais em jogo* e da *função específica*. Em seguida acrescentei à *legitimidade democrática* os argumentos da *proteção do processo decisório e de suas condições democráticas* e da *proteção da legitimidade democrática no processo judicial* através de ferramentas de participação popular. Somei a estes parâmetros, então, o parâmetro do *fórum principiológico* em paralelo ao parâmetro da *confiabilidade epistemológica*, notadamente o da epistemologia normativa, a partir do qual distingo questões políticas de questões de hermenêutica principiológica, relevando o papel do Judiciário nesta última. Dentro da proposição deste argumento, analisei duas maneiras de se demonstrar argumentativamente a relevância principiológica do debate, a primeira, pela *posição hierárquica do foro revisor* e do *quórum da revisão judicial*, e, a segunda, pela *posição hierárquica do princípio que enseja o corpo normativo que regula a situação de fato* no sistema legal e da *proximidade que as circunstâncias concretas estabelecem em relação a estes princípios*.

Por fim, expressei que o estabelecimento de critérios para a colisão de competências auxilia não só o exercício da ponderação, como também a identificação das decisões que constituam *ativismo judicial* ou *politização do judiciário*. Dessa forma, esta ferramenta pode ser utilizada com mais clareza para se evitar a desvirtuação do princípio democrático no Estado Democrático de Direito pela invasão do Judiciário. Por ser instrumento técnico, a ponderação pode ser aperfeiçoada e é para tanto que os esforços aqui foram empregados. Auxiliar a objetividade do debate jurídico pela criação de parâmetros de análise, torna a proteção do *princípio formal da separação de poderes* mais fácil e permite estabelecer um ambiente institucional mais harmônico e estável.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. 1983. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy. 2001. 355p.

\_\_\_\_\_. Robert. 1986. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. 669 p.

\_\_\_\_\_. Princípios Formais. In: ALEXY, Robert; SETTE LOPES, Monica TRIVISONNO, Alexandre T. G.; TUFFI SALIBA, Aziz; (org.). *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitari, 2014-a.

ANDRADE, Mário Cesar da Silva. Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal como Seara Argumentativa: cientificismo, discursividade e democracia na abordagem dos argumentos pelos Ministros. 2015. 356 f. Dissertação – Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: DE SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2007.

BRASIL. Lei n. 9.709, 18 de novembro de 1988. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal, estabelecendo o corpo normativo do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ementa na Ação de Direta de Inconstitucionalidade n.4277. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJe de 13-10-2011 vol. 02607-03 pp 00341. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acessado em 09 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.1941415. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>. Acessado em 30 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Dispões sobre o amicus curiae. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> acesso em: 29 mai. 2017.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae - A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun./ago., p.39-48. 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE, Evanilda N. de G. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: Entre O Passivismo Procedimental e O Ativismo Substancialista do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro. V. 7, nº.1, p.346-388. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530> > Acesso em: 25 mai. 2017.

DAHL, Robert Alan. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Hein Online. Pub. L.*, v. 6, n.1. p. 279-295, 1957.

\_\_\_\_\_. 1989. *Democracy and its Critics*. 1ª ed. (revised). Yale. *Yale University Press*, 1991. 397p.

DE ALMEIDA VILELA, Maria Diogenilda. Legislação que Disciplina os Conselhos de Políticas Públicas. Brasília. 9 f. mar. 2005. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2005\\_740.pdf](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2005_740.pdf)>. Acesso em: 25 mai. 2017.

DWORKIN, Ronald. 1985. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 593 p.

KELSEN, Hans. 1985. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo. Martins Fontes. 1999. 282 p.

KLATT, Matthias. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*, *Oxford University Press and New York University School of Law*, v.. 13, nº 2, p.354-382, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os Conselhos de Participação Popular - Validade Jurídica de suas Decisões. *Revista Associação dos Magistrados Brasileiros*. Belo Horizonte, a.1, n.3, p.36-42, nov. /dez., 1997.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 f. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 30 abr. 2008.

MELQUIADES DUARTE, L. G. Revisitando o regime jurídico de Direito Público. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF*, v. 1, p. 231-255, 2012.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, E. P. Análise do Impacto das Decisões dos Tribunais Superiores nas Decisões do STF Após A Audiência Pública da Saúde de 2009. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 58, p. 83-107, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. 2008. 224 f. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. G. 2004. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1528p.

MICHELMAN, Frank I. Brennan and democracy – The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture. California. *California Law Review*. 399 (1998). Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol86/iss3/1> > Acesso em: 25 mai. 2017.

NÚÑEZ, Claudio Felipe A. M. *Legitimidade, Poder Judiciário e Políticas Públicas*. 2014. 187 f. Dissertação. Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. *Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara - Veredas do Direito*. Belo Horizonte: v. 2, n. 3, jan. /dez, p.09, 2005.

\_\_\_\_\_. Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais e Conflito de Competências. In: I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: O Futuro do Constitucionalismo: Perspectivas para a Democratização do Direito Constitucional, 1,2014, Belo Horizonte, *Caderno de resumos*. Belo Horizonte. Ed. Enitia Via Editora. 2014. p.278-292.

\_\_\_\_\_. Mínimo Existencial: A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍ, Nuria Belloso (coord.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 821- 834.

\_\_\_\_\_ Competence Conflicts – Objective Criteria and Balancing of Formal Principles. *IVR - Congresso Mundial de Filosofia*. No prelo 2017.

RAWLS, John. 2002. *Justiça como Equidade: Uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. 1ª ed. São Paulo. Martins Fontes. 2003. 306 p.

SÃO PAULO, Decreto nº. 61.672 de 30 de novembro de 2015. Estabelece a reestruturação da distribuição do sistema educacional no estado membro de São Paulo no Brasil.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. Yale. *The Yale Law Journal*, nº115, p. 1346-1406, 2006.